



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2013 Vol. 3

1^{er} cahier, 2013 Vol. 3

Cited as [2013] 3 S.C.R. 3-322

Renvoi [2013] 3 R.C.S. 3-322

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 adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

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
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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 Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

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

CONTENTS

British Columbia (Forests) v. Teal Cedar Products Ltd. 301

Arbitration — Interest — Expropriation — Province reducing forestry company's allowable annual cut to create park — Forestry company seeking compensation for partial expropriation — Arbitrator awarding forestry company compound interest from date when Province reduced allowable annual cut to date of award — Whether arbitrator could award compound or only simple interest — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 28 — Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79, s. 1.

Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) 157

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to enter Canada — Minister refusing offender transfer request by Canadian citizen imprisoned abroad, on basis of security concerns — Constitutional challenge of provisions governing international transfer of offenders made by Canadian citizen imprisoned abroad — Whether statutory provisions giving Minister discretion to grant or deny transfer request violate right to enter Canada and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1) — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 8(1), 10(1)(a), (2)(a).

Envision Credit Union v. Canada 191

Taxation — Income Tax — Corporations — Amalgamations — Amalgamating credit unions seeking to avoid flow-through of certain tax attributes to double claim capital cost allowance and reset preferred rate amount — Whether amalgamation a “qualifying amalgamation” satisfying requirements of s. 87 of the Income Tax Act — Whether “qualifying amalgamation” provisions apply to readjust amalgamated corporation's tax attributes — Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, c. 82, ss. 20, 23 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 87.

Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate 53

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Federal maritime legislation providing for action by dependants in case of death of person — Provincial workers' compensation legislation prohibiting actions in respect of injury against employer or worker if compensation payable — Fishermen dying in maritime accident — Dependants obtaining compensation under provincial workers' compensation scheme and bringing

Continued on next page

SOMMAIRE

Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd. 301

Arbitrage — Intérêts — Expropriation — Réduction par la province de la coupe annuelle autorisée d'une entreprise forestière pour créer un parc — Indemnité demandée par l'entreprise forestière pour l'expropriation partielle — Intérêts composés accordés par l'arbitre à l'entreprise forestière pour la période allant de la date à laquelle la province a réduit la coupe annuelle autorisée jusqu'à celle de la sentence arbitrale — L'arbitre pouvait-il accorder des intérêts composés ou uniquement des intérêts simples? — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 28 — Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79, art. 1.

Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) 157

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit d'entrer au Canada — Refus par le ministre, fondé sur des préoccupations relatives à la sécurité, d'accéder à la demande de transfèrement d'un délinquant citoyen canadien emprisonné à l'étranger — Contestation constitutionnelle des dispositions régissant le transfèrement international de délinquants par un citoyen canadien emprisonné à l'étranger — Les dispositions législatives qui confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non à la demande de transfèrement portent-elles atteinte au droit d'entrer au Canada et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1) — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 8(1), 10(1)a), (2)a).

Envision Credit Union c. Canada 191

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Sociétés — Fusions — Caisses de crédit fusionnantes cherchant à éviter le transfert de certains attributs fiscaux pour demander deux fois la déduction pour amortissement et remettre à zéro le montant imposable à taux réduit — La fusion constitue-t-elle une « fusion admissible » répondant aux exigences de l'art. 87 de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les dispositions sur la « fusion admissible » emportent-elles le rajustement des attributs fiscaux de la société issue de la fusion? — Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 82, art. 20, 23 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 87.

Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession) 53

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

negligence action under federal maritime legislation — Whether provincial legislation constitutionally in-applicable to federal maritime negligence claims by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Whether provincial legislation constitutionally in-operative in respect of federal maritime negligence claims by reason of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(10) — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 44 — Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 6(2).

Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario 3

Courts — Jurisdiction — Appointment of amici curiae — Provincial Attorney General and amici curiae appointed by trial judges in criminal proceedings disagreeing on amici's rate of remuneration — Whether superior and statutory courts have inherent or implied jurisdiction to determine rate of remuneration of amici curiae.

Payette v. Guay inc. 95

Contracts — Restrictive covenants in agreement for sale of assets — Vendor subsequently becoming employee of purchaser under contract of employment — Whether restrictive covenants linked to contract of employment — Whether restrictive covenants reasonable as to their term and their territorial scope — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2095.

R. v. Chehil 220

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Airplane luggage — Police suspecting accused, airline passenger, of transporting drugs — Police verifying accused's checked bag using drug detection dog — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether drug detection dog was sufficiently reliable for sniff search to be reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. MacKenzie 250

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Accused seeking to exclude evidence of marijuana seized during highway traffic stop — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether search was unreasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused seeking to exclude evidence of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

compétences — Prépondérance fédérale — Droit d'action conféré aux personnes à charge d'un défunt par une loi maritime fédérale — Action en dommage prohibée contre l'employeur ou un travailleur par une loi provinciale sur les accidents du travail si une indemnité est payable au titre de cette loi — Décès de pêcheurs lors d'un accident en mer — Action en négligence intentée en vertu de la loi maritime fédérale par des personnes à charge subséquemment au versement à ces dernières d'une indemnité en vertu du régime provincial d'indemnisation des accidents du travail — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable aux actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10) — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 44 — Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 6(2).

Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario 3

Tribunaux — Compétence — Nomination d'un amicus curiae — Mésentente entre le procureur général provincial et des amici curiae nommés par des juges président des procès criminels au sujet du taux de rémunération des amici — Les cours supérieures et les tribunaux d'origine législative ont-ils une compétence inhérente ou tacite pour fixer le taux de la rémunération des amici curiae?

Payette c. Guay inc. 95

Contrats — Clauses restrictives figurant dans une convention de vente d'actifs — Vendeur devenu subséquemment l'employé de l'acheteur en vertu d'un contrat de travail — Les clauses restrictives se rattachent-elles au contrat de travail? — Les clauses restrictives sont-elles raisonnables quant à leur durée et leur portée territoriale? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2095.

R. c. Chehil 220

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Bagage à bord d'un avion — Accusé, passager de l'avion, soupçonné par la police de transporter de la drogue — Bagage enregistré de l'accusé soumis par la police à un contrôle par un chien détecteur de drogue — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — Le chien détecteur était-il suffisamment fiable pour que la fouille effectuée au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

marihuana seized during highway traffic stop — Whether accused was arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd. 125

Legislation — Retroactivity — Declaratory provisions — Régie des rentes du Québec effecting partial termination of pension plan — Legislation amending Supplemental Pension Plans Act coming into force after Court of Appeal set aside Régie's decision and remitted case to Régie for redetermination — New declaratory provisions applying to pending cases — Whether dispute between parties was pending when provisions came into force — Whether Court of Appeal's judgment fully and definitively adjudicated rights and obligations of parties that resulted from partial termination of pension plan — Whether Régie was entitled to give effect to declaratory provisions in resolving dispute between parties — An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions, S.Q. 2008, c. 21 — Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 14.1, 228.1, 319.1.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Régie des rentes du Québec effecting partial termination of pension plan — Legislation amending Supplemental Pension Plans Act coming into force after Court of Appeal set aside Régie's decision and remitted case to Régie for redetermination — Whether it was open to Régie to take new statutory provisions into consideration in determining outcome of case — An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions, S.Q. 2008, c. 21 — Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 14.1, 228.1, 319.1.

SOMMAIRE (Suite)

moyen de l'animal soit jugée non abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. MacKenzie..... 250

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Exclusion de la preuve que constitue la marihuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — La fouille était-elle abusive? — La preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Exclusion de la preuve que constitue la marihuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd. 125

Législation — Rétroactivité — Dispositions déclaratoires — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d'un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l'annulation de la décision de la Régie par la Cour d'appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l'affaire — Nouvelles dispositions déclaratoires applicables aux causes pendantes — Le litige entre les parties était-il pendant à l'entrée en vigueur des dispositions? — L'arrêt de la Cour d'appel a-t-il statué entièrement et définitivement sur les droits et obligations des parties découlant des terminaisons partielles du régime de retraite? — La Régie pouvait-elle donner effet aux dispositions déclaratoires pour trancher le litige qui opposait les parties? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d'un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l'annulation de la décision de la Régie par la Cour d'appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l'affaire — La Régie pouvait-elle tenir compte des nouvelles dispositions déclaratoires pour statuer sur l'affaire? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

rentes du Québec et d'autres dispositions législatives,
L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires
de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2013

3^e volume, 2013

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Criminal Lawyers' Association of Ontario
and Lawrence Greenspon** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
British Columbia Civil Liberties Association,
Advocates' Society and Mental Health
Legal Committee** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO *v.* CRIMINAL LAWYERS'
ASSOCIATION OF ONTARIO**

2013 SCC 43

File No.: 34317.

2012: December 12; 2013: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

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

*Courts — Jurisdiction — Appointment of amici
curiae — Provincial Attorney General and amici curiae
appointed by trial judges in criminal proceedings
disagreeing on amici's rate of remuneration — Whether
superior and statutory courts have inherent or implied
jurisdiction to determine rate of remuneration of amici
curiae.*

In three cases arising in the context of criminal proceedings in Ontario, trial judges appointed *amici curiae* to assist the accused, who had discharged counsel of their choice. The judges did so in order to maintain the orderly conduct of the trials or to avoid delay in these complex, lengthy proceedings. The cases were not decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and did not proceed on the basis that the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Criminal Lawyers' Association of Ontario et
Lawrence Greenspon** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la
Colombie-Britannique, Association des
libertés civiles de la Colombie-Britannique,
Advocates' Society et Mental Health
Legal Committee** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO *c.* CRIMINAL LAWYERS'
ASSOCIATION OF ONTARIO**

2013 CSC 43

N° du greffe : 34317.

2012 : 12 décembre; 2013 : 1^{er} août.

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

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

*Tribunaux — Compétence — Nomination d'un
amicus curiae — Mésentente entre le procureur général
provincial et des amici curiae nommés par des juges
présidant des procès criminels au sujet du taux de
rémunération des amici — Les cours supérieures et les
tribunaux d'origine législative ont-ils une compétence
inhérente ou tacite pour fixer le taux de la rémunération
des amici curiae?*

Dans trois affaires issues de dossiers criminels ontariens, les juges des procès ont nommé des *amici curiae* pour assister les accusés après que ceux-ci eurent révoqué les avocats dont ils avaient retenu les services. Cette mesure visait à assurer le bon déroulement des procès ou à ne pas retarder des instances longues et complexes. Les juges n'ont pas statué sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni estimé

accused could not have fair trials without the assistance of counsel. The Attorney General took the position that here, the *amici* played a role similar to that of defence counsel and should accept legal aid rates. However, the *amici* refused to accept those rates, and the judges fixed rates that exceeded the tariff and ordered the Attorney General to pay. In one case, a judge also appointed a senior lawyer to set a budget for the *amicus* and to review, monitor and assess his accounts on an ongoing basis. The Crown appealed the decisions, on the basis that courts lacked jurisdiction to fix the rates of compensation for *amici curiae*. The Court of Appeal dismissed the appeal, holding that incidental to a superior or statutory court's power to appoint an *amicus* is the power to set the terms and conditions of that appointment, including the rate of compensation and the monitoring of accounts.

Held (LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Courts of inherent jurisdiction have the power to appoint *amici curiae* exceptionally, where this is necessary to permit a particular proceeding to be successfully and justly adjudicated. This power is also implied by the ability of statutory courts to function as courts of law. *Amici curiae* have long played a part in our system of justice. However, to the extent that the terms of an *amicus*' appointment mirror the responsibilities of defence counsel, they blur the lines between those two roles. The appointment of an *amicus* for such a purpose can conflict with the accused's constitutional right to represent himself, can defeat previous judicial decisions to refuse to grant state-funded counsel following an application invoking the accused's fair trial rights under the *Charter*, can require the *amicus* to make legal submissions that are not favourable to the accused or are contrary to the accused's wishes, can result in the court's lawyer taking on a role that the court is precluded from taking and can undermine the provincial legal aid scheme. Hence, a lawyer appointed as *amicus* who takes on the role of defence counsel is no longer a friend of the court.

Absent authority flowing from a constitutional challenge or a statutory provision, the jurisdiction to fix

que les procès ne seraient pas équitables si les accusés n'étaient pas représentés. Le procureur général a fait valoir que, dans chacune des instances considérées, l'*amicus* jouait un rôle semblable à celui d'un avocat de la défense et qu'il devait accepter d'être rémunéré au tarif de l'aide juridique. Or, les *amici* ayant refusé ce tarif, les juges des procès ont fixé des taux supérieurs et ordonné au procureur général de rémunérer les *amici* en conséquence. Dans l'une des affaires, la juge du procès a confié à un avocat chevronné la tâche d'établir un budget pour l'*amicus* et de faire droit ou non, après examen, à ses demandes de paiement au fur et à mesure qu'il les présentait. Le ministère public a interjeté appel des décisions et fait valoir que les tribunaux n'avaient pas compétence pour fixer le taux de rémunération des *amici curiae*. La Cour d'appel l'a débouté au motif que le pouvoir d'une cour supérieure ou d'un tribunal d'origine législative de fixer les conditions du mandat de l'*amicus*, y compris sa rémunération et le contrôle des demandes de paiement, était connexe à son pouvoir de nommer l'*amicus*.

Arrêt (les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Une cour dotée d'une compétence inhérente peut, de manière exceptionnelle, nommer un *amicus curiae* si la mesure s'impose afin que justice puisse être rendue dans une instance. Ce pouvoir découle aussi implicitement de la faculté d'un tribunal d'origine législative de constituer une cour de justice. La fonction d'*amicus curiae* existe depuis longtemps dans notre système de justice. Toutefois, lorsque le mandat de l'*amicus* s'apparente à celui d'un avocat de la défense, la ligne de séparation entre ces deux fonctions est brouillée. La nomination peut alors aller à l'encontre du droit constitutionnel de l'accusé d'assurer sa propre défense, ainsi que de la décision antérieure d'un tribunal saisi d'une demande fondée sur le droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable de lui refuser les services d'un avocat rémunéré par l'État; en outre, elle peut obliger l'*amicus* à faire valoir des points de droit qui ne sont pas favorables à l'accusé ou qui sont contraires aux vœux de ce dernier, elle peut faire en sorte que l'avocat retenu exerce une fonction que la cour n'a pas le droit d'exercer et elle peut compromettre le régime provincial d'aide juridique. Une fois nommé *amicus*, l'avocat qui accepte de tenir le rôle d'avocat de la défense n'est donc plus l'ami de la cour.

À défaut d'une habilitation découlant d'une contestation constitutionnelle ou d'une disposition législative,

the compensation of *amici curiae* must be found within the inherent or implied jurisdiction of the courts. The inherent jurisdiction of superior courts permits them to make orders necessary to protect the judicial process and the rule of law and fulfill the judicial function of administering justice in a regular, orderly and effective manner. Similarly, to function as courts of law, statutory courts have implicit powers. However, the doctrine of inherent jurisdiction does not operate without limits. Such inherent and implicit powers are subject to any statutory provisions and must be responsive to the separation of powers that exists among the various players in our constitutional order and the particular institutional capacities that have evolved from that separation. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. A court's inherent or implied powers must not trench on the provinces' role in the administration of justice.

While the courts have the jurisdiction to set terms to give effect to their authority to appoint *amici curiae*, the ability to fix rates of compensation for *amici* is not essential to the power to appoint them and its absence does not imperil the judiciary's ability to administer justice according to law in a regular, orderly and effective manner. Furthermore, an order that the Attorney General must provide compensation to an *amicus* at a particular rate is an order directing the Attorney General to pay specific monies out of public funds. While court decisions can have ancillary financial consequences, the allocation of resources between competing priorities remains a policy and economic question; it is a political decision and the legislature and the executive are accountable to the public for it. Making such an order absent authority flowing from a constitutional challenge or a statutory provision does not respect the institutional roles and capacities of the legislature, the executive (including the Attorney General), and the judiciary, or the principle that the legislature and the executive are accountable to the public for the spending of public funds. There is a real risk that such a disregard of the separation of powers and the constitutional role and institutional capacity of the different branches of government could undermine the legal aid system and cause a lack of public confidence in judges and the courts. Accordingly, superior and statutory courts' inherent or implied jurisdiction to appoint *amici*

le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus curiae* doit s'originer de la compétence inhérente ou tacite de la cour. La compétence inhérente d'une cour supérieure lui permet de rendre les ordonnances nécessaires à la protection du processus judiciaire et de la primauté du droit et de s'acquitter de sa fonction judiciaire qui consiste à administrer la justice d'une manière régulière, ordonnée et efficace. De même, pour constituer une cour de justice, un tribunal d'origine législative possède des pouvoirs tacites. La théorie de la compétence inhérente ne s'applique cependant pas sans réserves. Ces pouvoirs inhérents et tacites existent sous réserve de toute disposition législative, ainsi que du respect de la séparation des pouvoirs entre les différents acteurs de notre ordre constitutionnel et des attributions institutionnelles particulières qui résultent de cette séparation. L'évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l'acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir inhérent ou tacite d'une cour de justice ne doit pas empiéter sur la fonction provinciale d'administration de la justice.

Bien qu'une cour ait compétence pour fixer les conditions du mandat de l'*amicus curiae* et donner ainsi effet à son pouvoir de le nommer, la faculté de déterminer sa rémunération n'est pas essentielle à l'exercice de ce pouvoir, et son inexistence n'empêche pas la cour de rendre justice dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace. De plus, l'ordonnance qui lui enjoint de rémunérer l'*amicus* selon un taux précis somme le procureur général de verser une certaine somme par prélèvement sur le trésor. Une décision judiciaire peut accessoirement avoir des conséquences financières, mais l'affectation de ressources en fonction de priorités concurrentes relève de la politique et de l'économie; cette mesure ressortit au législatif et à l'exécutif, qui en sont responsables vis-à-vis de la population. À défaut d'une habilitation découlant d'une contestation constitutionnelle ou d'une disposition législative, une telle ordonnance ne respecte pas les fonctions et les compétences institutionnelles du législatif, de l'exécutif (y compris le procureur général) et du judiciaire, ni le principe voulant que le législateur et l'exécutif soient responsables vis-à-vis des citoyens de l'affectation des fonds publics. Le risque existe bel et bien que le non-respect de la séparation des pouvoirs, ainsi que des attributions constitutionnelles et institutionnelles des différentes branches de l'État, porte atteinte au programme d'aide juridique et sape la

does not extend to setting rates of compensation for *amici* and ordering the provinces to pay.

In those exceptional cases where *Charter* rights are not at stake but the judge must have help to do justice and appoints an *amicus*, the person appointed and the Attorney General should meet to set rates and modes of payment. The judge may be consulted, but should not make orders regarding payment that the Attorney General would have no choice but to obey. If the assistance of an *amicus* is truly essential and the matter cannot be amicably resolved between the *amicus* and the Attorney General, the judge's only recourse may be to exercise his jurisdiction to impose a stay until an *amicus* can be found. If the trial cannot proceed, the court can give reasons for the stay, so that the responsibility for the delay is clear.

Per LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. (dissenting): Trial judges may appoint an *amicus curiae* to ensure the orderly conduct of proceedings and the availability of relevant submissions. They should not be required to decide contested, uncertain, complex and important points of law or of fact without the benefit of thorough submissions. The power to appoint an *amicus* should be exercised exceptionally and with caution. An *amicus* should not be appointed to impose counsel on an unwilling accused or permit an accused to circumvent the established procedure for obtaining government-funded counsel. Furthering the best interests of the accused may be an *incidental result*, but is not the *purpose*, of an *amicus* appointment.

The jurisdiction to fix the fees of *amici curiae* is necessarily incidental to the power of trial judges to appoint them. Granting the provincial Attorney General the exclusive power to fix an *amicus*'s rate of remuneration would unduly weaken the courts' appointment power and ability to name an *amicus* of their choosing. It would also imperil the integrity of the judicial process, as the ability of courts to ensure fair and orderly process should not depend on a reliance on the continuous and exemplary conduct of the Crown, which is impossible to monitor or control. Finally, the Attorney General's unilateral control over the remuneration of *amici curiae* might create an appearance of bias and place *amici* themselves in an unavoidable conflict of interest. As *amici* often play a role that can be said to be adversarial to the Crown, if the Crown were permitted

confiance du public dans les juges et les tribunaux. Le pouvoir d'une cour supérieure ou d'un tribunal d'origine législative de nommer un *amicus* n'englobe donc pas celui de fixer le taux de sa rémunération et d'ordonner à la province de le rémunérer en conséquence.

Dans les cas exceptionnels où, sans qu'un droit garanti par la *Charte* ne soit en jeu, le juge doit obtenir l'aide d'un *amicus* pour rendre justice, le candidat retenu et le procureur général se rencontrent pour déterminer tarif et modalités de paiement. Ils peuvent consulter le juge, mais ce dernier doit s'abstenir de rendre, relativement à la rémunération, une ordonnance à laquelle le procureur général n'aurait d'autre choix que d'obéir. Lorsque le recours à un *amicus* est vraiment essentiel et que l'avocat pressenti et le procureur général ne parviennent pas à s'entendre, le juge peut n'avoir d'autre recours que l'exercice de sa compétence inhérente et la suspension de l'instance jusqu'à la nomination d'un *amicus*. Si le procès ne peut aller de l'avant, la cour peut motiver la suspension d'instance et préciser la cause du retard.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell (dissidents) : Le juge du procès peut nommer un *amicus curiae* pour assurer le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes. Il ne saurait être tenu de trancher une question de droit ou de fait contestée, complexe et importante en l'absence des plaidoiries complètes qui s'imposent. Le pouvoir de nommer un *amicus* doit être exercé de manière exceptionnelle et avec circonspection. Un *amicus* ne doit pas être nommé pour imposer un avocat à l'accusé ou permettre à ce dernier de contourner la procédure établie pour l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État. Protéger l'intérêt de l'accusé peut constituer un *résultat accessoire* de la nomination de l'*amicus*, mais ne saurait en être l'*objectif*.

Le pouvoir du juge du procès de fixer les honoraires de l'*amicus curiae* est nécessairement accessoire à son pouvoir de le nommer. Accorder au procureur général d'une province le pouvoir exclusif de déterminer le taux de rémunération de l'*amicus* affaiblirait indûment le pouvoir de nomination du tribunal et sa faculté de nommer la personne de son choix. L'intégrité du processus judiciaire serait également compromise, car la faculté du tribunal d'assurer l'équité et le bon déroulement du procès ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il est impossible de surveiller ou de maîtriser. Enfin, le pouvoir unilatéral du procureur général de déterminer la rémunération de l'*amicus curiae* pourrait créer une apparence de partialité et faire en sorte que l'*amicus* se retrouve inévitablement

to determine unilaterally and exclusively how much an *amicus* is paid, the reasonable person might conclude that the expectation of give and take might lead the *amicus* to discharge his duties so as to curry favour with the Attorney General.

There is no constitutional impediment to vesting in trial judges the authority to fix the fees of *amici curiae* when necessary in the circumstances. The principle that only Parliament can authorize payment out of money from the Consolidated Revenue Fund acts only to constrain the ability of the executive branch of government to spend money in the absence of authorization by the legislature. Here, however, the Attorney General has the authority to disburse public funds to pay *amici curiae* whether or not their rate of remuneration is fixed by the courts, because, with the *Financial Administration Act*, R.S.O. 1990, c. F.12, the Legislative Assembly has pre-approved the disbursement of funds for the purpose of satisfying court orders.

Once a trial judge names and defines the role of an *amicus curiae*, a consensual approach ought to be favoured. The Attorney General and the *amicus* should be invited to agree on both the rate of remuneration and the manner in which the *amicus's* budget is to be administered. If an agreement cannot be reached, the trial judge should fix the rate. In fixing the rate of remuneration, the judge should consider the importance of the assignment undertaken, the legal complexity of the work, the skill and experience of counsel and his normal rate, and should consider that the *amicus* is performing a public service paid for with public funds. While the legal aid tariff should be taken into account as a guide, it is not determinative. The ultimate choice of whether to proceed with the prosecution in light of the associated costs remains that of the Attorney General, which thus preserves the proper balance between prosecutorial discretion and the jurisdiction of courts.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Distinguished: *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374; *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; **discussed:** *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Remuneration of Judges of*

en situation de conflit d'intérêts. Puisque l'*amicus* joue souvent un rôle qu'on peut qualifier d'opposé à celui du ministère public, si on conférait à ce dernier le pouvoir unilatéral et exclusif de déterminer la rémunération de l'*amicus*, une personne raisonnable pourrait conclure que l'attente de concessions mutuelles est susceptible d'amener l'*amicus* à s'acquitter de ses fonctions de manière à gagner la faveur du procureur général.

Nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à l'octroi au juge du procès du pouvoir de déterminer les honoraires de l'*amicus* lorsque la situation l'exige. Le principe selon lequel seul le Parlement peut autoriser un paiement sur le Trésor a seulement pour effet de limiter le pouvoir de l'exécutif de dépenser sans l'autorisation du législateur. En l'espèce, toutefois, le procureur général a le pouvoir de verser des fonds publics pour rémunérer l'*amicus curiae*, que le taux de rémunération de ce dernier soit fixé ou non par le tribunal, car suivant la *Loi sur l'administration financière*, L.R.O. 1990, ch. F.12, l'Assemblée législative autorise au préalable le versement de fonds aux fins d'exécuter les ordonnances judiciaires.

Dès que le juge du procès nomme un *amicus curiae* et définit son mandat, il y a lieu de favoriser une démarche consensuelle. Il faut inviter le procureur général et l'*amicus* à s'entendre sur la rémunération de ce dernier et sur les modalités d'administration de son budget. À défaut d'accord, le juge fixe le taux de rémunération. Il tient alors compte de l'importance du mandat, de la complexité juridique du travail requis, de la compétence et de l'expérience de l'avocat nommé et de son tarif habituel. Il lui faut aussi se souvenir que l'*amicus* exécute un mandat public et qu'il est rémunéré sur les deniers publics. Le tarif de l'aide juridique doit être pris en compte à titre indicatif, mais il n'est pas décisif. La décision finale d'aller ou non de l'avant avec la poursuite à la lumière des frais engagés demeure à bon droit celle du procureur général, ce qui est de nature à préserver le juste équilibre entre le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et la compétence du tribunal.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374; *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; **arrêt analysé :** *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif*

the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 S.C.R. 549; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Batistatos v. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *In re Criminal Code (1910)*, 43 S.C.R. 434; *R. v. Peterman (2004)*, 70 O.R. (3d) 481; *R. v. Rowbotham (1988)*, 41 C.C.C. (3d) 1; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. v. Cai*); *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Rockwood (1989)*, 91 N.S.R. (2d) 305; *Child and Family Services of Winnipeg v. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161; *R. v. Ryan*, 2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200; *Grollo v. Palmer (1995)*, 184 C.L.R. 348.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Rowbotham (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Québec (Procureur général) v. C. (R.) (2003)*, 13 C.R. (6th) 1; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian*

à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 R.C.S. 549; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Batistatos c. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *In re Criminal Code (1910)*, 43 R.C.S. 434; *R. c. Peterman (2004)*, 70 O.R. (3d) 481; *R. c. Rowbotham (1988)*, 41 C.C.C. (3d) 1; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. c. Cai*); *R. c. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Rockwood (1989)*, 91 N.S.R. (2d) 305; *Child and Family Services of Winnipeg c. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161; *R. c. Ryan*, 2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161; *R. c. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200; *Grollo c. Palmer (1995)*, 184 C.L.R. 348.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Rowbotham (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Québec (Procureur général) c. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Canada (Commission des droits de la personne) c.*

Liberty Net, [1998] 1 S.C.R. 626; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13; *R. v. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434; *R. v. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318; *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374; *R. v. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 63, 92(14), 96, 126.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486.3, 684, 694.1(1), (3).
Financial Administration Act, R.S.O. 1990, c. F.12, ss. 11.1(1), 13.
Legal Aid Manitoba Act, C.C.S.M. c. L105, s. 3(2).
Legal Aid Services Act, 1998, S.O. 1998, c. 26.
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 22.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 13.02.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 92.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53(7).

Authors Cited

Berg, David. "The Limits of Friendship: the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts" (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67.
 Canadian Judicial Council. *Alternative Models of Court Administration*. Ottawa: The Council, 2006 (online: <http://www.cjc.gc.ca>).
 Covey, Frank M., Jr. "Amicus Curiae: Friend of the Court" (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30.
 Dickens, Bernard M. "A Canadian Development: Non-Party Intervention" (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666.
 Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 37. London: Butterworths LexisNexis, 2001.
 Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13; *R. c. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434; *R. c. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318; *Ontario c. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374; *R. c. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.3, 684, 694.1(1), (3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 63, 92(14), 96, 126.
Loi de 1998 sur les services d'aide juridique, L.O. 1998, ch. 26.
Loi sur l'administration financière, L.R.O. 1990, ch. F.12, art. 11.1(1), 13.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53(7).
Loi sur la Société d'aide juridique du Manitoba, C.P.L.M. ch. L105, art. 3(2).
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5.
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 22.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 92.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 13.02.

Doctrine et autres documents cités

Berg, David. « The Limits of Friendship : the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67.
 Conseil canadien de la magistrature. *Modèles d'administration des tribunaux judiciaires*. Ottawa : Le Conseil, 2006 (en ligne : <http://www.ccm.gc.ca>).
 Covey, Frank M., Jr. « Amicus Curiae : Friend of the Court » (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30.
 Dickens, Bernard M. « A Canadian Development : Non-Party Intervention » (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666.
 Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown*. London : Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 37. London : Butterworths LexisNexis, 2001.
 Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Mallette, Jonathan Desjardins. *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada: origines et fondements*. Mémoire de maîtrise non-publié. Faculté de Droit, Université de Montréal, 2007.

“Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court”, reproduced in Lord Goldsmith, “Advocate to the Court”, *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online: <http://www.lawgazette.co.uk>).

Mohan, S. Chandra. “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] *S.J.L.S.* 352.

Romney, Paul. *Mr Attorney: The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899*. Toronto: Osgoode Society, 1986.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Armstrong JJ.A.), 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721, 277 O.A.C. 264, 270 C.C.C. (3d) 256, 86 C.R. (6th) 407, 234 C.R.R. (2d) 157, [2011] O.J. No. 1792 (QL), 2011 CarswellOnt 2608, affirming orders for the setting of rates of compensation for and the monitoring of accounts of *amici curiae*. Appeal allowed, LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. dissenting.

Malliha Wilson, Troy Harrison, Kristin Smith and Baaba Forson, for the appellants.

P. Andras Schreck and Louis P. Strezos, for the respondent the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

No one appeared for the respondent *Lawrence Greenspon*.

Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-Yves Bernard and Brigitte Bussières, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Deborah Carlson and Allison Kindle Pejovic*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Bryant Alexander Mackey, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Mallette, Jonathan Desjardins. *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*. Mémoire de maîtrise non-publié. Faculté de Droit, Université de Montréal, 2007.

« Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court », reproduced in Lord Goldsmith, « Advocate to the Court », *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online : <http://www.lawgazette.co.uk>).

Mohan, S. Chandra. « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] *S.J.L.S.* 352.

Romney, Paul. *Mr Attorney : The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899*. Toronto : Osgoode Society, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Armstrong), 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721, 277 O.A.C. 264, 270 C.C.C. (3d) 256, 86 C.R. (6th) 407, 234 C.R.R. (2d) 157, [2011] O.J. No. 1792 (QL), 2011 CarswellOnt 2608, qui a confirmé des ordonnances relatives à la fixation du taux de rémunération d'*amici curiae* et au contrôle des réclamations d'un *amicus*. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell sont dissidents.

Malliha Wilson, Troy Harrison, Kristin Smith et Baaba Forson, pour l'appelante.

P. Andras Schreck et Louis P. Strezos, pour l'intimée Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Personne n'a comparu pour l'intimé *Lawrence Greenspon*.

Alain Préfontaine, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-Yves Bernard et Brigitte Bussières, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Deborah Carlson et Allison Kindle Pejovic*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Bryant Alexander Mackey, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Micah B. Rankin, Michael Sobkin and Elizabeth France, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

John Norris, for the intervener the Advocates' Society.

Anita Szigeti, Mercedes Perez and Marie-France Major, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] This case raises troubling implications that strike to the heart of the constitutional relationship between the judicial and other branches of government in our constitutional democracy.

[2] It is not disputed that a court may appoint a lawyer as “*amicus curiae*”, a “friend of the court”, to assist the court in exceptional circumstances; or that the Attorney General is obligated to pay *amici curiae* when appointed. What is at issue is whether a court’s inherent or implied jurisdiction extends to fixing the rates of compensation for *amici curiae*.

[3] In the four matters under appeal, which all arose in the context of criminal proceedings in Ontario, trial judges appointed *amici curiae*, set higher rates of compensation than those offered by the Attorney General of Ontario and ordered the Attorney General to pay. The Attorney General took the position that, in these cases, the *amici* played a role similar to that of defence counsel and should accept legal aid rates. The Court of Appeal concluded that provincial and superior courts have the jurisdiction to fix the rates of compensation. The Attorney General appeals that decision, although it does not seek the return of any monies paid.

Micah B. Rankin, Michael Sobkin et Elizabeth France, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

John Norris, pour l’intervenante Advocates’ Society.

Anita Szigeti, Mercedes Perez et Marie-France Major, pour l’intervenant Mental Health Legal Committee.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] L’issue du présent pourvoi pourrait avoir des répercussions déconcertantes qui risquent de rompre l’équilibre entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs dans notre démocratie constitutionnelle.

[2] Nul ne conteste qu’une cour de justice peut nommer un avocat « *amicus curiae* » (ou « ami de la cour ») pour l’épauler dans une situation exceptionnelle, ni que le procureur général est alors tenu de le rémunérer. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si sa compétence inhérente ou tacite lui confère le pouvoir de fixer le taux de rémunération de l’*amicus curiae*.

[3] Dans chacune des quatre affaires visées par le pourvoi, toutes issues d’instances criminelles ontariennes, le juge du procès a nommé un *amicus*, a établi un taux de rémunération supérieur à celui offert par le procureur général de l’Ontario et a ordonné à ce dernier de verser cette rémunération. Le procureur général a fait valoir que, dans ces affaires, l’*amicus* jouait un rôle semblable à celui d’un avocat de la défense et qu’il devait accepter d’être rémunéré au tarif de l’aide juridique. La Cour d’appel a conclu que les tribunaux provinciaux et supérieurs ont compétence pour fixer le taux de rémunération. Le procureur général se pourvoit contre cette décision, mais ne demande pas le remboursement des sommes versées.

[4] My colleague Fish J. concludes that the jurisdiction to fix the fees of *amici curiae* is necessarily incidental to a court's power to appoint them. He finds no constitutional impediment to this power.

[5] Respectfully, I disagree. Absent statutory authority or a challenge on constitutional grounds, courts do not have the institutional jurisdiction to interfere with the allocation of public funds. While the jurisdiction to control court processes and function as a court of law gives courts the power to appoint *amici curiae*, it does not, in itself, provide the power to determine what the Attorney General must pay them. The scope of a superior court's inherent power, or of powers possessed by statutory courts by necessary implication, must respect the constitutional roles and institutional capacities of the legislature, the executive and the judiciary. As the Chief Law Officers of the Crown, responsible for the administration of justice on behalf of the provinces, the Attorneys General of the provinces, and not the courts, determine the appropriate rate of compensation for *amici curiae*.

[6] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

II. Background

[7] These cases were not decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They did not proceed on the basis that the accused could not have fair trials without the assistance of counsel. Instead, the trial judges appointed counsel to assist the accused, who had in each case discharged counsel of their choice. The judges did so in order to maintain the orderly conduct of the trials or to avoid delay in these complex, lengthy proceedings. However, in each of these cases, the role of the *amici* closely mirrored the role of defence counsel, except that they could not be dismissed by the accused.

[4] Mon collègue le juge Fish estime que le pouvoir d'une cour de justice de fixer les honoraires de l'*amicus curiae* est nécessairement accessoire à son pouvoir de le nommer. Il conclut que nul obstacle constitutionnel n'empêche l'exercice de ce pouvoir.

[5] En toute déférence, je ne suis pas d'accord. En l'absence d'une habilitation découlant d'une disposition législative ou d'une contestation constitutionnelle, une cour de justice n'a pas de compétence institutionnelle pour s'immiscer dans l'affectation de fonds publics. La compétence pour faire respecter sa procédure et constituer une cour de justice confère certes le pouvoir de nommer un *amicus*, mais elle n'accorde pas en soi celui de décider de la rémunération que le procureur général doit verser. La portée de la compétence inhérente d'une cour supérieure ou du pouvoir que possède par inférence nécessaire un tribunal d'origine législative doit respecter les fonctions constitutionnelles et les attributions institutionnelles du législatif, de l'exécutif et du judiciaire. À titre de premiers conseillers juridiques de l'État chargés de l'administration de la justice au nom des provinces, ce sont les procureurs généraux provinciaux, et non les tribunaux, qui déterminent le tarif approprié et rémunèrent les *amici*.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte

[7] Dans les dossiers visés en l'espèce, le tribunal en cause n'a pas statué sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne s'agit pas d'affaires où on a estimé que le procès ne serait pas équitable si l'accusé n'était pas représenté par un avocat. Le juge du procès a plutôt nommé un avocat pour aider l'accusé qui, dans chacun des cas, avait mis fin au mandat de l'avocat de son choix. Il l'a fait pour assurer le bon déroulement du procès ou pour ne pas retarder une instance longue et complexe. Toutefois, dans chacun des cas, le rôle de l'*amicus* s'est apparenté à celui d'un avocat de la défense, sauf que l'accusé ne pouvait mettre fin à son mandat.

[8] In *R. v. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (S.C.J.) (“*Imona Russel #1*”), an *amicus* was appointed, at the request of the Crown, “to ensure the orderly conduct of the trial” (para. 6). The accused had discharged several experienced legal aid counsel and the court had twice refused the accused’s request for an order under s. 24(1) of the *Charter* providing state-funded counsel in order to ensure a fair trial. The role of *amicus* was initially expanded so that he would “defend the case as if he had a client who was choosing to remain mute” (para. 13). Subsequently, at the request of the accused, the trial judge told the *amicus* to take instructions from and act on behalf of the accused as he would in a traditional solicitor-client relationship — except he could not be discharged or withdraw due to a breakdown in the relationship with the accused. Later, after the *amicus* applied for permission to withdraw from the case, the trial judge appointed a senior criminal lawyer to set a budget for the *amicus* and to review, monitor and assess his accounts on an ongoing basis (*R. v. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (S.C.J.) (“*Imona Russel #2*”)).

[9] In *R. v. Whalen*, Sept. 18, 2009, No. 2178/1542 (Ont. Ct. J.), a dangerous offender application, the respondent was unrepresented and had a history of discharging lawyers. He had difficulty finding legal aid counsel, due to a boycott of legal aid cases by many members of Ontario’s criminal defence bar. The judge appointed an *amicus* to “stabilize the litigation process” (A.R., at p. 26). Although the Attorney General had found other counsel who were available to act at legal aid rates, the respondent had developed a relationship of confidence with a particular lawyer who would not accept the legal aid rate. An *amicus* was appointed to establish a solicitor-client relationship with the respondent, with the ability to override the respondent’s instructions in his best interest.

[8] Dans *R. c. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 1* »), un *amicus* a été nommé à la demande du ministère public [TRADUCTION] « pour assurer le bon déroulement du procès » (par. 6). L’accusé avait mis fin aux mandats de plusieurs avocats expérimentés de l’aide juridique, et la cour l’avait débouté deux fois après qu’il eut demandé, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, une ordonnance enjoignant à l’État de lui fournir à ses frais les services d’un avocat de sorte qu’il ait droit à un procès équitable. L’*amicus* a d’abord vu son mandat s’accroître pour englober le fait « d’agir dans l’instance comme s’il représentait un client qui choisissait de garder le silence » (par. 13). Puis, à la demande de l’accusé, la juge du procès a invité l’*amicus* à obtenir des instructions de l’accusé et à agir en son nom comme il le ferait dans le cadre d’une relation classique procureur-client, si ce n’est que son mandat ne pouvait être révoqué et qu’il ne pouvait cesser de représenter l’accusé pour cause de mécontentement avec lui. Plus tard, après que l’*amicus* eut demandé l’autorisation de cesser d’occuper, la juge du procès a confié à un avocat criminaliste chevronné la tâche d’établir un budget pour l’*amicus* et de faire droit ou non, après examen, à ses demandes de paiement au fur et à mesure qu’il les présentait (*R. c. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 2* »)).

[9] Dans *R. c. Whalen*, 18 sept. 2009, n° 2178/1542 (C.J. Ont.), où le ministère public demandait que l’intimé soit déclaré délinquant dangereux, ce dernier n’était pas représenté et avait maintes fois révoqué son avocat. Il avait du mal à se trouver un avocat participant à l’aide juridique en raison d’un boycottage des mandats de l’organisme public par de nombreux avocats criminalistes de l’Ontario. Le juge a nommé un *amicus* afin de [TRADUCTION] « stabiliser l’instance » (d.a., p. 26). Même si le procureur général avait trouvé d’autres avocats disposés à le représenter au tarif de l’aide juridique, l’intimé avait établi une relation de confiance avec une avocate qui refusait d’être rémunérée au tarif de l’aide juridique. Cette avocate a été nommée *amicus* afin d’établir une relation procureur-client avec l’intimé. Elle avait le pouvoir de passer outre aux instructions de l’intimé dans son intérêt.

[10] In *R. v. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (S.C.J.), a former counsel, who had been discharged by one of six co-accused, was appointed as *amicus*. This was done to avoid delay, in the event that the accused could not find counsel ready to act in time. Ultimately, the accused found counsel who was able to proceed without delay and the *amicus* was not required.

[11] In each of these cases, the *amicus* refused to accept the legal aid rate offered by the Attorney General. The trial judge fixed a rate that exceeded the tariff, ordering the Attorney General to pay. The Attorney General appealed all four decisions.

III. Decision of the Court of Appeal, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721

[12] The Court of Appeal considered the four appeals together and affirmed the decisions, as it was of the view that superior and statutory courts have the jurisdiction to appoint *amici* even where s. 24(1) of the *Charter* does not apply and there is no statutory provision for such an appointment. The capacity of a superior court to appoint an *amicus* stems from the court's inherent jurisdiction to act where necessary to ensure that justice can be done. For a statutory court, the capacity stems from the court's power to manage its own process and operate as a court of law, and arises in situations where the court must be able to appoint an *amicus* in order to exercise its statutory jurisdiction.

[13] The Court of Appeal concluded that in order to ensure that serious criminal cases can proceed where difficulty is caused by an unrepresented accused, judges must have the ability to secure the assistance of an *amicus*. To the extent that the ability to fix rates of compensation for *amici* is linked to the capacity to appoint them, it should not be left in the hands of the Attorney General. The court concluded that this authority did not raise any institutional issues or social, economic or political policy concerns.

[10] Dans *R. c. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (C.S.J.), un avocat qui avait déjà occupé dans le dossier, mais dont le mandat avait été révoqué par l'un des six coaccusés, a été nommé *amicus*. Cette nomination a eu lieu afin de ne pas retarder l'instance advenant que l'accusé ne puisse se trouver un avocat disposé à offrir ses services selon le calendrier établi. L'accusé a finalement trouvé un avocat en mesure de le représenter sans délai, si bien que les services de l'*amicus* n'étaient plus nécessaires.

[11] Dans chacun des dossiers, l'*amicus* a refusé l'offre du procureur général de le rémunérer selon le tarif de l'aide juridique. Le juge du procès a fixé un taux supérieur et ordonné au procureur général de rémunérer l'*amicus* en conséquence. Le procureur général a interjeté appel des quatre décisions.

III. L'arrêt de la Cour d'appel, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721

[12] Après examen des quatre appels sur dossier commun, la Cour d'appel a confirmé les décisions. Elle estimait en effet qu'une cour supérieure ou un tribunal d'origine législative peut nommer un *amicus* même lorsque le par. 24(1) de la *Charte* ne s'applique pas et qu'aucune disposition de la loi ne le prévoit. La faculté qu'a une cour supérieure de nommer un *amicus* découle de sa compétence inhérente pour prendre les mesures nécessaires afin que justice puisse être rendue. Celle d'un tribunal d'origine législative découle de son pouvoir de décider de sa propre procédure et de constituer une cour de justice, et elle naît lorsque le tribunal doit être en mesure de nommer un *amicus* pour exercer la compétence que lui confère la loi.

[13] Selon la Cour d'appel, afin qu'une affaire criminelle grave puisse aller de l'avant malgré la non-représentation de l'accusé, le juge doit pouvoir se faire assister par un *amicus*. Dans la mesure où le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus* est lié au pouvoir de nommer ce dernier, il ne doit pas relever du procureur général. La Cour d'appel conclut que ce pouvoir ne soulève ni problèmes institutionnels, ni préoccupations sociales, économiques ou politiques.

IV. Analysis

[14] My colleague Fish J. provides three reasons for finding the power to set the rate of compensation to be incidental to a superior court's inherent jurisdiction and a statutory court's power to control its own processes: (1) the inability to set rates of compensation would unduly weaken the court's appointment power and ability to name the *amicus* of its choice (para. 123); (2) the integrity of the judicial process would be imperilled and should not be dependent upon the Crown (para. 124); and (3) unilateral control by the Attorney General over remuneration might create an apprehension of bias and place an *amicus* in a conflict of interest (para. 125). He concludes that there is no constitutional impediment to vesting such a power in trial judges.

[15] I take a different view. The jurisdiction to appoint an *amicus* does not necessarily imply or require the authority to set a specific rate of compensation. The ability to order the government to make payments out of public funds must be grounded in law and a court's inherent or implied jurisdiction is limited by the separate roles established by our constitutional structure. Absent authority flowing from a constitutional challenge or a statutory provision, exercising such power would not respect the institutional roles and capacities of the legislature, the executive (including the Attorney General), and the judiciary, or the principle that the legislature and the executive are accountable to the public for the spending of public funds.

[16] I propose to explain my conclusion by first addressing the constitutional framework that surrounds the exercise of a superior court's inherent jurisdiction. This framework also applies to the exercise of the jurisdiction implied by the ability of statutory courts to function as courts of law. Second, I will apply that constitutional framework to the particular context of *amicus* appointments.

IV. Analyse

[14] Mon collègue le juge Fish estime que le pouvoir de fixer le taux de rémunération est accessoire à la compétence inhérente d'une cour supérieure et au pouvoir d'un tribunal d'origine législative de faire respecter sa propre procédure, et ce, pour trois raisons : (1) l'impossibilité de fixer le taux de rémunération affaiblirait indûment le pouvoir de nomination du tribunal et sa faculté de nommer l'*amicus* de son choix (par. 123); (2) l'intégrité du processus judiciaire, qui ne devrait pas être fondée sur la confiance envers le ministère public, serait compromise (par. 124); (3) le pouvoir unilatéral du procureur général de déterminer la rémunération pourrait créer une apparence de partialité et placer l'*amicus* dans une situation de conflit d'intérêts (par. 125). Il conclut que nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à l'octroi de ce pouvoir au juge du procès.

[15] Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir de nommer un *amicus* ne suppose pas et n'exige pas nécessairement celui de fixer le taux de sa rémunération. Le pouvoir du tribunal d'ordonner à l'État de payer quelque somme sur les fonds publics doit s'appuyer sur une règle de droit, et la compétence inhérente ou implicite du tribunal est délimitée par les fonctions distinctes qu'établit notre structure constitutionnelle. À défaut d'une habilitation découlant d'une contestation constitutionnelle ou d'une disposition législative, l'exercice d'un tel pouvoir ne respecterait pas les fonctions et les compétences institutionnelles du législatif, de l'exécutif (y compris le procureur général) et du judiciaire, ni le principe voulant que le législateur et l'exécutif soient responsables vis-à-vis des citoyens de l'affectation des fonds publics.

[16] Je me propose d'expliquer ma conclusion en considérant d'abord le cadre constitutionnel dans lequel s'exerce la compétence inhérente d'une cour supérieure, de même que la compétence tacite issue du pouvoir d'un tribunal d'origine législative de constituer une cour de justice. J'appliquerai ensuite ce cadre constitutionnel au contexte particulier de la nomination d'un *amicus*.

A. *The Constitutional Framework*(1) The Inherent Jurisdiction of Superior Courts

[17] Canada's provincial superior courts are the descendants of the Royal Courts of Justice and inherited the powers and jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation (*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 326-27, *per* Estey J.). As such, superior courts play a central role in maintaining the rule of law, uniformity in our judicial system and the constitutional balance in our country.

[18] The essential nature and powers of the superior courts are constitutionally protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Accordingly, the "core or inherent jurisdiction which is integral to their operations . . . cannot be removed from the superior courts by either level of government, without amending the Constitution" (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15). The rationale for s. 96 has evolved to ensure "the maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role" (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("Provincial Judges Reference"), at para. 88).

[19] In *MacMillan Bloedel*, a majority of this Court described the powers at the core of a superior court's jurisdiction as comprising "those powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law" (para. 38), which define the court's "essential character" or "immanent attribute" (para. 30). The core is "a very narrow one which includes only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system" (*Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, at para. 56, *per* Lamer C.J.).

A. *Le cadre constitutionnel*(1) La compétence inhérente d'une cour supérieure

[17] Au Canada, les cours supérieures des provinces sont les descendantes des cours royales de justice et elles ont hérité des pouvoirs et de la compétence des cours supérieures, de district ou de comté qui existaient au moment de la Confédération (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 326-327, le juge Estey). Elles jouent donc un rôle central dans le maintien de la primauté du droit, de l'uniformité du système judiciaire et de l'équilibre constitutionnel canadien.

[18] La nature essentielle et les pouvoirs des cours supérieures sont protégés par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, « [a]ucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale [. . .] sans que ne soit modifiée la Constitution » (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15). La raison d'être de l'art. 96 a évolué de manière à garantir « [le] maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 88).

[19] Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*, les juges majoritaires de la Cour considèrent que la compétence fondamentale d'une cour supérieure englobe « les pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit » (par. 38), ce qui confère à la cour son « caractère essentiel » ou « attribut immanent » (par. 30). La compétence fondamentale « est très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l'existence d'une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique » (*Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, par. 56, le juge en chef Lamer).

[20] In his 1970 article, “The Inherent Jurisdiction of the Court”, 23 *Curr. Legal Probs.* 23, which has been cited by this Court on eight separate occasions,¹ I. H. Jacob provided the following definition of inherent jurisdiction:

. . . the inherent jurisdiction of the court may be defined as being the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them. [p. 51]

[21] As noted by this Court in *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24:

These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner” (p. 28).

[22] In spite of its amorphous nature, providing the foundation for powers as diverse as contempt of court, the stay of proceedings and judicial review,

[20] Dans un article paru en 1970 intitulé « The Inherent Jurisdiction of the Court », 23 *Curr. Legal Probs.* 23, que notre Cour cite dans huit arrêts¹, I. H. Jacob propose de définir comme suit la compétence inhérente :

[TRADUCTION] . . . la compétence inhérente de la cour peut être définie comme étant la réserve ou le fonds de pouvoirs, une source résiduelle de pouvoirs à laquelle la cour peut puiser au besoin lorsqu’il est juste ou équitable de le faire et, en particulier, pour veiller à l’application régulière de la loi, empêcher les abus, garantir un procès équitable aux parties et rendre justice. [p. 51]

[21] Comme le fait observer la Cour dans *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24 :

Ces pouvoirs émanent « non pas d’une loi ou d’une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (Jacob, p. 27) pour permettre « de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (p. 28).

[22] Malgré ses contours flous, la théorie de la compétence inhérente, qui fonde des pouvoirs aussi divers que la déclaration d’outrage au tribunal,

¹ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 S.C.R. 549, at pp. 591-92, per Wilson J. (granting leave to appeal to a non-party); *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 240 (issuing injunction on the court’s own motion to guarantee access to court facilities); *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 754-55, per Gonthier J. (discretion regarding bail); *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 21, per Lamer C.J. (stay of criminal proceedings for abuse of process); *MacMillan Bloedel*, at paras. 29-31, per Lamer C.J. (punishing for contempt out of court); *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 64, per L’Heureux-Dubé J., and at para. 131, per Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. (discretion to grant a right of reply in a criminal trial); *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18 (authority to refuse defence counsel’s request to withdraw); *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at paras. 24-34, per Binnie J. (granting interim costs).

¹ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 R.C.S. 549, p. 591-592, la juge Wilson (autorisation d’appel accordée à une personne non partie à l’instance); *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 240 (injonction décernée de la propre initiative de la cour pour garantir l’accès aux palais de justice); *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 754-755, le juge Gonthier (pouvoir discrétionnaire en matière de mise en liberté sous caution); *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 21, le juge en chef Lamer (arrêt des procédures criminelles pour cause d’abus de procédures); *MacMillan Bloedel*, par. 29-31, le juge en chef Lamer (condamnation pour outrage au tribunal); *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 64, la juge L’Heureux-Dubé, et par. 131, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache (pouvoir discrétionnaire d’accorder un droit de réplique dans un procès criminel); *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18 (pouvoir de rejeter la requête pour cesser d’occuper présentée par l’avocat de la défense); *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24-34, le juge Binnie (octroi d’une provision pour frais).

the doctrine of inherent jurisdiction does not operate without limits.²

[23] It has long been settled that the way in which superior courts exercise their powers may be structured by Parliament and the legislatures (see *MacMillan Bloedel*, at para. 78, *per* McLachlin J., dissenting on other grounds). As Jacob notes (at p. 24): “. . . the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision” (emphasis added) (see also *Caron*, at para. 32).

[24] Further, even where there are no legislative limits, the inherent jurisdiction of the court is limited by the institutional roles and capacities that emerge out of our constitutional framework and values (see *Provincial Judges Reference*, at para. 108).

[25] These limits were recognized in a thoughtful thesis on inherent jurisdiction written by Jonathan Desjardins Mallette:

[TRANSLATION] As for the unwritten [constitutional] structural principles, they are particularly relevant to determining the limits of the exercise of the inherent jurisdiction of the courts. They require the courts to take into account the structure of our Constitution, which includes other fundamental principles, such as the rule of law and parliamentary supremacy.

(*La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada: origines et fondements*, unpublished LL.M. thesis, Université de Montréal (2007), reproduced in the Attorney General of Quebec’s book of authorities, vol. II, at p. 375.)

[26] With the advent of the *Charter*, the superior courts’ inherent jurisdiction must also support

l’arrêt des procédures et le contrôle judiciaire, ne s’applique pas sans réserves².

[23] Il est établi depuis longtemps que la manière dont les cours supérieures exercent leurs pouvoirs peut être structurée par le Parlement et les législatures (voir *MacMillan Bloedel*, par. 78, la juge McLachlin, dissidente sur d’autres points). Comme le fait observer Jacob (p. 24), [TRADUCTION] « la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l’égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu’elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative » (je souligne) (voir aussi *Caron*, par. 32).

[24] Qui plus est, même lorsqu’il n’y a pas de restrictions législatives, la compétence inhérente de la cour est limitée par les fonctions et les compétences institutionnelles qui se dégagent du cadre et des valeurs constitutionnels (voir *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 108).

[25] Dans sa thèse réfléchie sur la compétence inhérente, Jonathan Desjardins Mallette reconnaît ces limites :

Pour leur part, les principes structurels non écrits sont particulièrement pertinents pour déterminer les limites de l’exercice de la [compétence] inhérente par les tribunaux. Ils obligent les tribunaux à tenir compte de la structure de notre Constitution qui comprend d’autres principes fondamentaux tels que la primauté du droit et la suprématie parlementaire.

(*La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*, mémoire de maîtrise non-publié, Université de Montréal (2007), reproduite dans le recueil de sources du procureur général du Québec, vol. II, p. 375.)

[26] Depuis l’adoption de la *Charte*, la compétence inhérente doit aussi permettre à une

² These limits are a topic that has also been considered by the highest courts in the United Kingdom and Australia, see *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, at paras. 18-22, *per* Lord Dyson J.S.C.; *Batistatos v. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425, at paras. 121-36, *per* Kirby J.

² Ces réserves ont également été examinées par les plus hauts tribunaux du Royaume-Uni et d’Australie : voir *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, par. 18-22, le lord juge Dyson; *Batistatos c. Roads and Traffic Authority of New South Wales*, [2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425, par. 121-136, le juge Kirby.

their independence in safeguarding the values and principles the *Charter* has entrenched in our constitutional order. Thus, the inherent jurisdiction of superior courts provides powers that are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law and the Constitution. It includes those residual powers required to permit the courts to fulfill the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner — subject to any statutory provisions. I would add, however, that the powers recognized as part of the courts' inherent jurisdiction are limited by the separation of powers that exists among the various players in our constitutional order and by the particular institutional capacities that have evolved from that separation.

(2) Separation of Powers

[27] This Court has long recognized that our constitutional framework prescribes different roles for the executive, legislative and judicial branches (see *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70). The content of these various constitutional roles has been shaped by the history and evolution of our constitutional order (see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 49-52).

[28] Over several centuries of transformation and conflict, the English system evolved from one in which power was centralized in the Crown to one in which the powers of the state were exercised by way of distinct organs with separate functions. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent

cour supérieure de préserver avec indépendance les valeurs et les principes consacrés par la *Charte* dans notre régime constitutionnel. Cette compétence confère donc les pouvoirs essentiels à l'administration de la justice et au respect de la primauté du droit et de la Constitution. Elle englobe le pouvoir résiduel dont la cour a besoin pour s'acquitter de sa fonction judiciaire qui consiste à administrer la justice d'une manière régulière, ordonnée et efficace, sous réserve de toute disposition législative. J'ajoute cependant que les pouvoirs dont on reconnaît qu'ils font partie de la compétence inhérente sont balisés par la séparation des pouvoirs entre les différents acteurs dans l'ordre constitutionnel et par les attributions institutionnelles particulières qui ont résulté de cette séparation.

(2) La séparation des pouvoirs

[27] La Cour reconnaît depuis longtemps que notre cadre constitutionnel attribue des fonctions différentes à l'exécutif, au législatif et au judiciaire (voir *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470). La teneur de ces rôles différents a été façonnée par l'histoire et l'évolution de notre ordre constitutionnel (voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49-52).

[28] Au fil de plusieurs siècles de transformation et de conflits, le système anglais est passé d'un régime où la Couronne détenait tous les pouvoirs à un régime où des organes indépendants aux fonctions distinctes les exercent. L'évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l'acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l'État, car lui seul peut autoriser l'affectation de fonds publics. L'exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue

and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

[29] All three branches have distinct institutional capacities and play critical and complementary roles in our constitutional democracy. However, each branch will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others. In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. affirmed the importance of respecting the separate roles and institutional capacities of Canada's branches of government for our constitutional order, holding that "[i]t is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other" (p. 389).³

[30] Accordingly, the limits of the court's inherent jurisdiction must be responsive to the proper function of the separate branches of government, lest it upset the balance of roles, responsibilities and capacities that has evolved in our system of governance over the course of centuries.

[31] Indeed, even where courts have the jurisdiction to address matters that fall within the constitutional role of the other branches of government, they must give sufficient weight to the constitutional responsibilities of the legislative and executive branches, as in certain cases the other branch will be "better placed to make such decisions within a range of constitutional options" (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 37).

³ The normative force of the separation of powers has been recognized by this Court on multiple occasions since *New Brunswick Broadcasting*. See *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 620-21; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 33-34 and 106-11; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paras. 104-5; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 21; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 39-41.

de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

[29] Les trois pouvoirs ont des attributions institutionnelles distinctes et jouent des rôles à la fois cruciaux et complémentaires dans notre démocratie constitutionnelle. Toutefois, un pouvoir ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui. Dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin confirme l'importance de respecter les fonctions et les attributions distinctes des pouvoirs de l'État canadien pour ce qui est de notre ordre constitutionnel et elle conclut qu'« il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune [. . .] n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » (p. 389)³.

[30] Par conséquent, la compétence inhérente de la cour doit être limitée au regard de la fonction propre à chacun des pouvoirs distincts, sous peine de rupture de l'équilibre des fonctions et des attributions issu de l'évolution de notre système de gouvernement au fil des siècles.

[31] En effet, même le tribunal doté du pouvoir de connaître de questions qui relèvent constitutionnellement des autres composantes de l'État doit accorder suffisamment d'importance aux attributions constitutionnelles des pouvoirs législatif et exécutif car, dans certains cas, l'autre pouvoir « est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles » (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 37).

³ Depuis cet arrêt, notre Cour a maintes fois reconnu la force normative de la séparation des pouvoirs. Voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 620-621; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 33-34 et 106-111; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 104-105; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 21; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 39-41.

(3) The Administration of Justice in the Provinces

[32] The framers of our Constitution established a delicate balance between the federal and provincial governments, anchored by s. 96 courts, whose independence and core jurisdiction and powers provide a unified, national judicial presence (see *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728). While the federal government is responsible for the appointment of s. 96 judges, the Constitution has charged the provinces with the responsibility for the administration of justice in the provinces (*Constitution Act, 1867*, s. 92(14)).

[33] Pursuant to this power, the provincial legislatures enact laws and adopt regulations pertaining to courts, rules of court and civil procedure, or delegate this function to another body. They also pass laws to provide the infrastructure and staff necessary to operate the courts and establish schemes to provide legal representation to persons involved in court proceedings. The provincial legislature votes the funds necessary to operate the justice system within the province, and the executive, mainly through the office of the Attorney General, is charged with the responsibility of administering these funds and, more broadly, the administration of justice itself. As Dickson J. stated in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at p. 200: “Since Confederation, the provincial departments of the Attorney General have in practice ‘administered justice’ in the broadest sense, at great expense to the taxpayers”

(4) Role of the Attorney General in the Administration of Justice on Behalf of the Province

[34] The first reference to the “*attornatus regis*” — the King’s Attorney — dates back to the

(3) L’administration de la justice dans les provinces

[32] Les auteurs de la Constitution ont établi entre les gouvernements fédéral et provinciaux un subtil équilibre, fondé sur l’art. 96, une disposition qui vise des cours dont l’indépendance ainsi que la compétence et les pouvoirs fondamentaux garantissent une présence judiciaire nationale unifiée (voir *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728). Bien qu’il revienne au gouvernement fédéral de nommer les juges des cours visées à l’art. 96, la Constitution confie aux provinces l’administration de la justice dans les provinces (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14)).

[33] Dans l’exercice de ce pouvoir, les législatures provinciales édictent des lois et prennent des règlements sur les tribunaux, les règles de procédure et la procédure civile, ou elles délèguent cette fonction à une autre entité. En outre, elles adoptent des lois pour assurer aux tribunaux l’infrastructure et le personnel nécessaires à leur fonctionnement, et elles créent des programmes qui permettent la représentation par avocat d’une partie à une instance judiciaire. La législature provinciale vote les fonds nécessaires au fonctionnement du système de justice dans la province, et l’exécutif, surtout par l’intermédiaire du bureau du procureur général, est chargé de la gestion de ces fonds et, de façon plus générale, de l’administration de la justice elle-même. Comme l’a affirmé le juge Dickson dans *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, p. 200, « [d]epuis la Confédération, ce sont les procureurs généraux des provinces qui, en pratique, ont vu à “l’administration de la justice” au sens le plus large de l’expression. Ce sont les contribuables provinciaux qui en ont assumé les frais élevés ».

(4) Le rôle du procureur général dans l’administration de la justice au nom de la province

[34] La première mention de l’« *attornatus regis* » — le procureur du Roi — remonte au 13^e siècle

13th century (J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 16). The role of Attorney General was carried into Canada in the 18th century, with the first Attorney General of Upper Canada being appointed in 1791 (P. Romney, *Mr Attorney: The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899* (1986), at pp. 6-7). The role was continued by the *Constitution Act, 1867*, as s. 63 explicitly mentions the Attorney General as one of the officers of the Executive Council of Ontario.

[35] The Attorney General of Ontario, on behalf of the executive, acts pursuant to the province's responsibility under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* for the administration of justice. As Chief Law Officer of the Crown, the Attorney General has special responsibilities to uphold the administration of justice (see, for example, *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5). Idington J. noted in *In re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434, at p. 443, that “custom, tradition and constitutional usage, hav[e] charged [the Attorney General] with the administration of justice within the province as his primary duty”.

[36] The Attorney General remunerates various participants in the criminal justice system — including provincial Crown counsel, court reporters, interpreters, registrars and law clerks. The Attorney discharges his obligation to provide counsel for indigent accused through the establishment of legal aid programs (see *R. v. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Defence counsel appointed under s. 24(1) of the *Charter* (see, for instance, *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)) are funded directly by the Attorney General. This does not create an apprehension of bias or a conflict of interest. Instead, this role is consistent with the Attorney's responsibilities and public accountability. Indeed, even provincial court judges are paid by the provincial Attorneys General and are still seen as independent (see *Provincial Judges Reference*).

(J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), p. 16). La fonction de procureur général a vu le jour au Canada au 18^e siècle lors de la nomination du premier procureur général du Haut-Canada en 1791 (P. Romney, *Mr Attorney : The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet and Legislature 1791-1899* (1986), p. 6-7). La fonction a été reconduite dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le procureur général faisant partie des officiers du conseil exécutif d'Ontario énumérés à l'art. 63.

[35] Au nom de l'exécutif, le procureur général de l'Ontario exerce sa fonction en application de la compétence reconnue à la province au par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'administration de la justice. En tant que premier conseiller juridique de l'État, il jouit d'attributions particulières pour assurer l'administration de la justice (voir par exemple la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5). Dans *In re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434, p. 443, le juge Idington fait remarquer que [TRADUCTION] « la coutume, la tradition et l'usage constitutionnel [ont] chargé [le procureur général] de l'administration de la justice dans la province, sa fonction principale ».

[36] Le procureur général rémunère les divers participants du système judiciaire pénal, y compris les procureurs de la Couronne provinciale, les sténographes, les interprètes, les greffiers et les auxiliaires juridiques. Il s'acquitte de son obligation constitutionnelle d'assurer la représentation par avocat de l'accusé impécunieux par l'établissement de programmes d'aide juridique (voir *R. c. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481 (C.A.)). De plus, l'avocat de la défense nommé en application du par. 24(1) de la *Charte* (voir par exemple *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)) est rémunéré directement par lui, ce qui ne fait naître aucune crainte de partialité ou de conflit d'intérêts. Au contraire, ce faisant, le procureur général respecte ses attributions et sa responsabilité publique. En effet, même les juges des cours provinciales sont rémunérés par les procureurs généraux des provinces et ils sont néanmoins tenus pour indépendants (voir *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*).

[37] The Attorney General is not an ordinary party. This special character manifests itself in the role of Crown attorneys, who, as agents of the Attorney General, have broader responsibilities to the court and to the accused, as local ministers of justice (see *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24, *per* Rand J.; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at pp. 191-92, *per* Lamer J.).

(5) Limitations on the Courts' Inherent Jurisdiction in the Context of the Administration of Justice

[38] It is vital that each branch of government respect its proper institutional role and capacity in the administration of justice, in accordance with the Constitution and public accountability.

[39] Section 96 judges possess inherent power to make orders necessary to protect the judicial process and the rule of law. The courts must of course safeguard their own constitutional independence to assure the fairness of the judicial process and to protect the rights and freedoms of Canadians that are entrusted to them under the *Charter*. As the Canadian Judicial Council noted in its 2006 report, “[i]t is crucial to bear in mind that inherent powers, by definition, inhere in courts and their jurisdiction and so cannot be analysed independently of the role the judiciary is expected to play in the constitutional structure” (*Alternative Models of Court Administration* (2006) (online), at p. 46). As such, these powers are exercised within the framework for the administration of justice that the province has established.

[40] As the Court made clear in the *Provincial Judges Reference*, judicial independence includes a core administrative component, which extends to administrative decisions that bear “directly and immediately on the exercise of the judicial function” (para. 117). These were listed in *Valente*

[37] Le procureur général n’est pas une partie à l’instance comme une autre. Sa singularité se manifeste par le rôle dévolu au procureur de la Couronne qui, à titre de représentant du procureur général, a des obligations accrues envers la cour et envers l’accusé en tant que représentant local de la justice (voir *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24, le juge Rand; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 191-192, le juge Lamer).

(5) Les limites de l’exercice de la compétence inhérente de la cour dans le contexte de l’administration de la justice

[38] Il est fondamental que chacun des pouvoirs de l’État respecte ses justes fonction et attribution institutionnelles en matière d’administration de la justice, conformément à la Constitution et à la responsabilité publique.

[39] Les cours visées à l’art. 96 possèdent le pouvoir inhérent de rendre les ordonnances nécessaires à la protection du processus judiciaire et de la primauté du droit. Elles doivent évidemment défendre leur propre indépendance constitutionnelle afin d’assurer l’équité de ce processus et de s’acquitter de leur obligation de protéger les droits et libertés que la *Charte* garantit aux Canadiens. Comme le signalait le Conseil canadien de la magistrature dans son rapport de 2006, « [i]l est essentiel d’avoir à l’esprit que les pouvoirs inhérents, par définition, sont inhérents aux tribunaux et à leur compétence de sorte qu’ils ne peuvent pas être analysés indépendamment du rôle que le pouvoir judiciaire est appelé à exercer dans la structure constitutionnelle » (*Modèles d’administration des tribunaux judiciaires* (2006) (en ligne), p. 52). Ces fonctions sont donc exercées à l’intérieur du cadre d’administration de la justice établi par la province.

[40] Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, la Cour dit clairement que l’indépendance judiciaire comporte un volet administratif essentiel, lequel englobe les décisions administratives qui portent « directement et immédiatement sur l’exercice des fonctions judiciaires » (par. 117).

v. *The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 709, as including:

. . . assignment of judges, sittings of the court, and court lists — as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions

As this Court went on to hold in *Valente*, at pp. 711-12, while greater administrative autonomy or independence may be desirable, it is not essential to judicial independence (see also *Provincial Judges Reference*, at para. 253).

[41] The proper constitutional role of s. 96 courts does not permit judges to use their inherent jurisdiction to enter the field of political matters such as the allocation of public funds, absent a *Charter* challenge or concern for judicial independence. For this reason, it is generally accepted that courts of inherent jurisdiction do not have the power to appoint court personnel. Staffing the courts is the responsibility of the provincial government.

[42] Of course, a complaint that inadequate funding risks undermining the justice system may be subject to court oversight, whether by way of a *Charter* application or a challenge based on the constitutional principle of judicial independence, as was the case in the *Provincial Judges Reference*, where the closure of the Manitoba courts by withdrawing court staff on a series of Fridays, as a part of a wider deficit-reduction effort, was found unconstitutional (paras. 269-76).

[43] However, the allocation of resources between competing priorities remains a policy and economic question; it is a political decision and the legislature and the executive are accountable to the people for it.

Dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 709, elle précise qu'il s'agit notamment de ce qui suit :

. . . l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions

Comme elle ajoute dans *Valente*, p. 711-712, une plus grande autonomie ou indépendance administrative peut se révéler souhaitable, mais elle n'est pas essentielle à l'indépendance judiciaire (voir aussi *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 253).

[41] La fonction constitutionnelle propre aux cours visées à l'art. 96 ne permet pas aux juges d'invoquer leur compétence inhérente pour s'immiscer dans un domaine relevant de la politique, comme l'affectation de fonds publics, sauf contestation fondée sur la *Charte* ou crainte d'atteinte à l'indépendance judiciaire. C'est pourquoi il est généralement admis que les cours dotées d'une compétence inhérente n'ont pas le pouvoir de nommer les membres de leur personnel. La dotation en personnel des tribunaux relève en effet du gouvernement provincial.

[42] On peut certes faire valoir devant un tribunal que le financement insuffisant compromet le système de justice, que ce soit en invoquant la *Charte* ou le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire. On l'a fait dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, où la Cour a jugé inconstitutionnelle la fermeture des tribunaux manitobains par le retrait du personnel plusieurs vendredis de suite aux fins d'un programme général de réduction du déficit (par. 269-276).

[43] Il demeure toutefois que l'affectation des ressources en fonction de priorités concurrentes relève de la politique et de l'économie; cette mesure ressortit au législatif et à l'exécutif, qui en sont responsables vis-à-vis de la population.

B. *Amici Curiae and the Inherent Jurisdiction of the Court*

(1) Appointing Amici

[44] While courts of inherent jurisdiction have no power to appoint the women and men who staff the courts and assist judges in discharging their work, there is ample authority for judges appointing *amici curiae* where this is necessary to permit a particular proceeding to be successfully and justly adjudicated.

[45] *Amici curiae* have long played a role in our system of justice. As early as the mid-14th century, the common law courts from which our superior courts are descended received the assistance of *amici* (see S. C. Mohan, “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] *S.J.L.S.* 352, at pp. 356-60). Indeed, as one scholar has noted, “[t]here can be no doubt as to the age and wide acceptance of the *amicus curiae*. As to its origin, on the other hand, there is a great deal of doubt. Like so many things of great age, its roots are lost even though the practice still continues” (F. M. Covey, Jr., “*Amicus Curiae*: Friend of the Court” (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30, at p. 33). A number of cases have recognized the practice; in addition, there are statutory provisions that provide for the appointment of an *amicus* in certain circumstances.⁴

[46] A court’s inherent jurisdiction to appoint an *amicus* in criminal trials is grounded in its authority to control its own process and function as a court of law. Much like the jurisdiction to exercise

⁴ In civil matters in Ontario, Rule 13.02 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, permits a court to appoint a friend of the court for the purpose of rendering assistance by way of argument. In this Court, Rule 92 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, permits the Court or a judge to appoint an *amicus* in an appeal, while s. 53(7) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, provides for the appointment of an *amicus* to argue in favour of an unrepresented interest where the Governor in Council has referred a matter to the Court for its consideration, and authorizes the Minister of Finance to pay the reasonable expenses of counsel out of funds authorized by Parliament for expenses of litigation.

B. *L’amicus curiae et la compétence inhérente de la cour*

(1) Nomination de l’amicus

[44] Bien qu’une cour dotée de la compétence inhérente ne puisse nommer les membres de son personnel appelés à appuyer ses juges dans leur travail, une abondante jurisprudence veut qu’elle puisse nommer un *amicus* lorsque cette mesure s’impose afin que justice puisse être rendue dans une instance en particulier.

[45] La fonction d’*amicus curiae* existe depuis longtemps dans notre système de justice. Dès le milieu du 14^e siècle, les cours de common law, les ancêtres de nos cours supérieures, ont bénéficié des services d’*amici* (voir S. C. Mohan, « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] *S.J.L.S.* 352, p. 356-360). En effet, comme le fait observer un auteur, [TRADUCTION] « [l]’ancienneté et la reconnaissance générale de la fonction d’*amicus curiae* ne font aucun doute. Ses origines sont en revanche assez incertaines. À l’instar de tant de choses anciennes, l’institution existe toujours même si on ne peut déterminer son origine » (F. M. Covey, Jr., « *Amicus Curiae* : Friend of the Court » (1959), 9 *DePaul L. Rev.* 30, p. 33). Non seulement la fonction d’*amicus* est reconnue par la jurisprudence, mais des dispositions législatives prévoient la nomination d’un *amicus* dans certaines situations⁴.

[46] La compétence inhérente de la cour pour nommer un *amicus* lors d’un procès criminel s’appuie sur son pouvoir de faire respecter sa propre procédure et de constituer une cour de justice.

⁴ En Ontario, dans les affaires civiles, le tribunal est habilité par la règle 13.02 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, à nommer un ami de la cour appelé à l’aider par la formulation d’arguments. Notre Cour ou un de ses juges peut, suivant la règle 92 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, nommer un *amicus* dans le cas d’un appel. Le par. 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, prévoit la nomination d’un *amicus* pour défendre un intérêt non représenté lorsque le gouverneur en conseil soumet une question au jugement de la Cour, et il autorise le ministre des Finances à payer les frais raisonnables alors engagés par l’avocat, sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice.

control over counsel when necessary to protect the court's process that was recognized in *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18, the ability to appoint *amici* is linked to the court's authority to "request its officers, particularly the lawyers to whom the court afforded exclusive rights of audience, to assist its deliberations" (B. M. Dickens, "A Canadian Development: Non-Party Intervention" (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666, at p. 671).

[47] Thus, orders for the appointment of *amici* do not cross the prohibited line into the province's responsibility for the administration of justice, provided certain conditions are met. First, the assistance of *amici* must be essential to the judge discharging her judicial functions in the case at hand. Second, as my colleague Fish J. observes, much as is the case for other elements of inherent jurisdiction, the authority to appoint *amici* should be used sparingly and with caution, in response to specific and exceptional circumstances (para. 115). Routine appointment of *amici* because the defendant is without a lawyer would risk crossing the line between meeting the judge's need for assistance and the province's role in the administration of justice.⁵

[48] So long as these conditions are respected, the appointment of *amici* avoids the concern that it improperly trenches on the province's role in the administration of justice.

Par analogie avec la mesure prise à l'égard d'un avocat pour faire respecter sa procédure — dont la Cour reconnaît la légitimité dans *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18 —, la nomination d'un *amicus* se rattache au pouvoir de la cour de [TRADUCTION] « demander aux auxiliaires de justice, en particulier les avocats auxquels elle accorde le droit exclusif de plaider devant elle, de l'aider dans l'accomplissement de sa tâche » (B. M. Dickens, « A Canadian Development : Non-Party Intervention » (1977), 40 *Mod. L. Rev.* 666, p. 671).

[47] La nomination judiciaire d'un *amicus* n'empiète donc pas sur la compétence de la province en matière d'administration de la justice, dès lors que certaines conditions sont réunies. Premièrement, le juge doit avoir besoin de l'aide d'un *amicus* pour s'acquitter de ses fonctions dans l'affaire en cause. Deuxièmement, comme le fait observer mon collègue le juge Fish, à l'instar d'autres éléments de la compétence inhérente, le pouvoir de la cour de nommer un *amicus* doit être exercé parcimonieusement et avec circonspection, et dans une situation particulière et exceptionnelle (par. 115). La nomination automatique d'un *amicus* chaque fois qu'un défendeur n'est pas représenté pourrait ne plus viser à répondre au besoin d'assistance du juge, mais relever de l'administration de la justice, laquelle ressortit à la province⁵.

[48] Lorsque ces conditions sont respectées, la nomination d'un *amicus* n'empiète pas sur la fonction provinciale d'administration de la justice.

⁵ Making use of *amici* in this manner is not universally endorsed. In the United Kingdom, the Attorney General and Lord Chief Justice jointly issued guidance to the judiciary regarding the use of advocates to the court, as *amici* are known there (see "Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court", reproduced in Lord Goldsmith, "Advocate to the Court", *Law Society Gazette*, February 1, 2002 (online)). This guidance specified that advocates to the court are traditionally appointed on points of law and do not normally lead evidence, examine witnesses, and, in particular, are not to be appointed solely because an accused is unrepresented (para. 4).

⁵ Cette conception du recours à l'*amicus* ne fait pas l'unanimité. Au Royaume-Uni, le procureur général et le lord juge en chef ont formulé de concert des lignes directrices destinées à la magistrature sur le recours à l'*advocate to the court*, l'équivalent de notre *amicus* (voir « Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court », reproduit dans Lord Goldsmith, « Advocate to the Court », *Law Society Gazette*, 1^{er} février 2002 (en ligne)). Ces lignes directrices précisent qu'un *advocate to the court* est habituellement nommé pour clarifier un point de droit et ne présente habituellement pas d'éléments de preuve, ni n'interroge de témoins et, en particulier, sa nomination ne tient pas uniquement au fait que l'accusé n'est pas représenté (par. 4).

(2) Amici as Defence Counsel

[49] Further, I agree with my colleague Fish J. that “[o]nce clothed with all the duties and responsibilities of defence counsel, the *amicus* can no longer properly be called a ‘friend of the court’” (para. 114). *Amici* and court-appointed defence counsel play fundamentally different roles (see D. Berg, “The Limits of Friendship: the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts” (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67, at pp. 72-74).

[50] The issue of whether it was appropriate to appoint *amici* to effectively act as defence counsel was raised by the Attorney General of Quebec and the Attorney General of British Columbia, who were interveners in this Court. It was not challenged by the Attorney General of Ontario. However, to the extent that the terms for the appointment of *amici* mirror the responsibilities of defence counsel, they blur the lines between those two roles, and are fraught with complexity and bristle with danger.

[51] First, the appointment of *amici* for such a purpose may conflict with the accused’s constitutional right to represent himself (see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 972).

[52] Second, it can also defeat the judicial decision to refuse to grant state-funded counsel following an application invoking the accused’s fair trial rights under the *Charter*. For instance, by expanding the role of the *amicus*, first to act as though he was defending a client who remained mute, and later to take instructions from the accused, the trial judge in *Imona Russel* undermined the court’s earlier decisions to deny state-funded defence counsel.

[53] Third, there is an inherent tension between the duties of an *amicus* who is asked to represent the interests of the accused, especially where

(2) L’amicus appelé à exercer la fonction d’avocat de la défense

[49] Par ailleurs, je conviens avec mon collègue le juge Fish que « [d]ès que les devoirs et les obligations d’un avocat de la défense lui incombent, [l’*amicus*] ne peut plus être considéré à juste titre comme l’“ami de la cour” » (par. 114). L’*amicus* et l’avocat de la défense nommé par la cour jouent des rôles foncièrement différents (voir D. Berg, « The Limits of Friendship : the *Amicus Curiae* in Criminal Trial Courts » (2012), 59 *Crim. L.Q.* 67, p. 72-74).

[50] Intervenants devant notre Cour, les procureurs généraux du Québec et de la Colombie-Britannique soulèvent la question de savoir s’il est approprié de nommer un *amicus* pour tenir lieu dans les faits d’avocat de la défense. Le caractère approprié de cette nomination n’est pas contesté par le procureur général de l’Ontario. Toutefois, dans la mesure où le mandat de l’*amicus* s’apparente à celui de l’avocat de la défense, la ligne de séparation entre ces deux fonctions est brouillée et des complications et des risques en résultent.

[51] Premièrement, la nomination d’un *amicus* pour représenter un accusé peut aller à l’encontre du droit constitutionnel de ce dernier d’assurer sa propre défense (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 972).

[52] Deuxièmement, elle peut aussi aller à l’encontre de la décision de ne pas accorder les services d’un avocat rémunéré par l’État rendue par un tribunal saisi d’une demande fondée sur le droit constitutionnel de l’accusé à un procès équitable. Par exemple, dans *Imona Russel*, en élargissant le rôle de l’*amicus*, d’abord pour agir dans l’instance comme s’il défendait un client qui choisissait de garder le silence, puis pour représenter l’accusé conformément à ses instructions, la juge du procès a court-circuité le refus initial des services d’un avocat rémunéré par l’État.

[53] Troisièmement, il existe une tension inhérente entre les obligations de l’*amicus* auquel on demande de représenter l’accusé, surtout lorsqu’il

counsel is taking instructions, as in *Imona Russel* and *Whalen*, and the separate obligations of the *amicus* to the court. This creates a potential conflict if the *amicus*' obligations to the court require legal submissions that are not favourable to the accused or are contrary to the accused's wishes. Further, the privilege that would be afforded to communications between the accused and the *amicus* is muddled when the *amicus*' client is in fact the trial judge.

[54] Thus, it seems to me that this current practice of appointing *amici* as defence counsel blurs the traditional roles of the trial judge, the Crown Attorney as a local minister of justice and counsel for the defence. Further, the use of *amici* to assist a trial judge in fulfilling her duty to assist an unrepresented accused might result in a trial judge doing something indirectly that she cannot do directly. While trial judges are obliged to assist unrepresented litigants, they are not permitted to give them strategic advice. Where an *amicus* is assigned and is instructed to take on a solicitor-client role, as in *Imona Russel* and *Whalen*, the court's lawyer takes on a role that the court is precluded from taking.

[55] Finally, there is a risk that appointing *amici* with an expanded role will undermine the provincial legal aid scheme. In this case, the Ontario legislature had passed the *Legal Aid Services Act, 1998*, S.O. 1998, c. 26, which provides for the representation of indigent accused. The inherent or implied jurisdiction of a court cannot be exercised in a way that would circumvent or undermine those laws. Absent a constitutional challenge, the judicial exercise of inherent or implied jurisdiction must operate within the framework of duly enacted legislation and regulations.

[56] For all these reasons, I conclude that a lawyer appointed as *amicus* who takes on the role of defence counsel is no longer a friend of the court.

agit sur les instructions de ce dernier, comme dans *Imona Russel* et *Whalen*, et ses obligations distinctes envers la cour. Un conflit pourrait en résulter si les obligations de l'*amicus* envers la cour l'obligeaient à faire valoir des points de droit qui ne sont pas favorables à l'accusé ou qui sont contraires aux vœux de ce dernier. Qui plus est, le privilège dont feraient l'objet les communications entre l'accusé et l'*amicus* serait compromis dans la mesure où le client de l'*amicus* serait en réalité le juge du procès.

[54] Il appert donc que la pratique actuelle de confier à l'*amicus* le mandat de défendre l'accusé brouille la délimitation traditionnelle des fonctions respectives du juge du procès, du procureur de la Couronne en tant que représentant local de la justice et de l'avocat de la défense. De plus, en ayant recours à un *amicus* pour mieux s'acquitter de son obligation d'aider l'accusé non représenté, le juge du procès pourrait faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement. Le juge du procès est certes tenu d'assister le plaideur non représenté, mais il ne lui est pas permis de donner des conseils d'ordre stratégique. Lorsque, comme dans les affaires *Imona Russel* et *Whalen*, un *amicus* est nommé puis se voit confier le mandat de représenter l'accusé comme dans le cadre d'une relation procureur-client, l'avocat de la cour exerce une fonction que la cour n'a pas elle-même le droit d'exercer.

[55] Enfin, la nomination d'un *amicus* au mandat élargi risque de porter atteinte au régime d'aide juridique de la province, en l'occurrence la *Loi de 1998 sur les services d'aide juridique*, L.O. 1998, ch. 26, que le législateur ontarien a adoptée afin que l'accusé impécunieux puisse être représenté. Le tribunal ne saurait exercer sa compétence inhérente ou tacite de manière à contourner cette loi ou à l'affaiblir. À moins d'une contestation constitutionnelle, le tribunal doit exercer sa compétence inhérente ou tacite dans le respect des dispositions législatives et réglementaires dûment adoptées.

[56] Pour toutes ces raisons, je conclus qu'une fois nommé *amicus*, l'avocat qui accepte de tenir le rôle d'avocat de la défense n'est plus l'ami de la cour.

(3) Compensating Amici(a) *The Auckland Harbour Principle*

[57] I agree with my colleague Fish J. that the principle stated by the Privy Council in *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318, that “no money can be taken out of the consolidated Fund into which the revenues of the State have been paid, excepting under a distinct authorization from Parliament itself” (p. 326), does not resolve the issue before us.

[58] However, the *Auckland Harbour* principle highlights the limits of the court’s role in the administration of justice, a role that is based on history, convention, competence and capacity. As already noted, the government of the day bears the responsibility for weighing public priorities and then allocating the resources and designing the programs required to act on its policy choices.

[59] Obviously, court decisions can have ancillary financial consequences. Moving to larger venues for jury selections involving a number of panels, or continuing a sitting of the court late into the day, incurring overtime expenses for court staff, implicate greater costs for the public purse. Yet, they are legitimate exercises of a court’s inherent jurisdiction to control its own process. In much the same way, an order appointing an *amicus* does not take on the character of an appropriation, but rather is one of the countless decisions that may be taken by a court that will have incidental consequences for the public purse.

[60] However, an order that the Attorney General must provide compensation at a particular rate goes beyond an order with ancillary financial consequences, and becomes an order directing the Attorney General to pay specific monies out of public funds. Such orders must be grounded in law.

(3) La rémunération de l’amicusa) *Le principe de l’arrêt Auckland Harbour*

[57] Je conviens avec mon collègue le juge Fish que le principe énoncé par le Conseil privé dans l’arrêt *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318, à savoir que [TRADUCTION] « nulle somme ne peut être prélevée sur le Trésor constitué des recettes de l’État, sauf autorisation distincte du Parlement lui-même » (p. 326), ne permet pas de trancher en l’espèce.

[58] Ce principe met toutefois en évidence les limites de l’apport judiciaire à l’administration de la justice, un apport dont la teneur tient à l’histoire, aux conventions, à la compétence et à l’expertise. Rappelons qu’il incombe au gouvernement au pouvoir de déterminer les priorités publiques, puis d’affecter des ressources et de concevoir les programmes qui s’imposent.

[59] De toute évidence, une décision judiciaire peut accessoirement avoir des conséquences financières. Faire siéger le tribunal dans un autre lieu plus peuplé pour y sélectionner des jurés et dresser plusieurs tableaux, ou poursuivre l’audience jusqu’à une heure tardive et occasionner ainsi le paiement d’heures supplémentaires au personnel de la cour, accroît les coûts. Pourtant, de telles mesures résultent d’un exercice légitime de la compétence inhérente de la cour en vue de faire respecter sa propre procédure. De même, à bien des égards, l’ordonnance portant nomination d’un *amicus* ne revêt pas le caractère d’une affectation, mais compte plutôt parmi les innombrables mesures judiciaires qui ont accessoirement une incidence sur les fonds publics.

[60] Toutefois, l’ordonnance qui enjoint au procureur général de rémunérer une personne selon un taux précis n’est plus une ordonnance qui a une incidence financière accessoire, mais bien une ordonnance qui somme le procureur général de verser telle somme prélevée sur le trésor. Or, une telle ordonnance doit s’appuyer sur une règle de droit.

[61] If not derived from a *Charter* challenge or authorized by specific statutory authority, the jurisdiction to fix the compensation of *amici* must be found within a court's inherent or implied jurisdiction.

(b) *Does the Courts' Inherent or Implied Jurisdiction Extend to Setting Rates of Compensation for Amici and Ordering the Province to Pay?*

[62] The question is whether a judge, acting properly in the exercise of her inherent or implied jurisdiction, can fix the rate of payment of an *amicus curiae* and order the province to pay the *amicus* out of public funds.

[63] The Court of Appeal's approach rests on the premise that the inherent or implied power to appoint an *amicus* would be meaningless unless the court has the authority to ensure that rates of compensation will be adequate to retain the *amicus of its choice*. The submission is that it will sometimes be necessary for the court to name a specific person as *amicus* in order to manage or salvage a high-risk trial. Without the power to fix a rate of compensation, it is argued that the court's ability to ensure the effective conduct of a trial is weakened and the judicial process imperilled.

[64] I agree that the courts have the jurisdiction to set terms to give effect to their authority to appoint *amici*. However, I do not accept the premise that the court's ability to fix rates of compensation for an *amicus* is essential to the power to appoint *amici*, or that its absence imperils the judiciary's ability to administer justice according to law in a regular, orderly and effective manner. To the contrary, the spectre of trial judges fixing and managing the fees of *amici* imperils the integrity of the judicial process.

[61] S'il ne découle pas d'une contestation fondée sur la *Charte* ou d'une autorisation légale expresse, le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus* doit s'originer de la compétence inhérente ou tacite de la cour.

b) *Sa compétence inhérente ou tacite permet-elle à la cour de déterminer la rémunération de l'amicus et d'ordonner à la province de la lui verser?*

[62] La question est celle de savoir si, dans l'exercice de sa compétence inhérente ou tacite, la cour peut à bon droit fixer le taux de rémunération de l'*amicus curiae* et ordonner à la province de payer ces honoraires sur le Trésor.

[63] Le raisonnement de la Cour d'appel a pour la prémisse que le pouvoir inhérent ou tacite de nommer l'*amicus* est vide de sens si la cour ne peut faire en sorte que les fonds affectés à la rémunération de l'*amicus* lui permettent de retenir les services de la personne *de son choix*. On fait valoir que la cour devra parfois, pour gérer un procès où le risque d'échec est élevé, ou pour le mener à terme, recourir aux services d'une personne en particulier à titre d'*amicus*. Sans le pouvoir de déterminer sa rémunération, la cour serait moins en mesure d'assurer le bon déroulement du procès, et le processus judiciaire serait compromis.

[64] Je conviens que pour donner effet à son pouvoir de nommer un *amicus*, la cour a la compétence voulue pour fixer les conditions du mandat. Cependant, je disconviens que la faculté de déterminer la rémunération de l'*amicus* est essentielle à l'exercice du pouvoir de nommer l'*amicus*, ou que son inexistence empêche la cour de rendre justice dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace. Au contraire, l'intégrité du processus judiciaire serait compromise si le juge du procès pouvait déterminer la rémunération de l'*amicus* et ordonner son paiement.

(i) Necessity

[65] Historically, courts have effectively appointed *amici* without the need to fix the rate of compensation. There is no dispute that a court has the ability to specify the general qualifications required for the task at hand. The Attorney General has the obligation to pay what is constitutionally adequate to serve the needs of the courts.

[66] As well, the experience with *Rowbotham* orders over the last two and a half decades has confirmed an attitude of restraint, as, even in those *Charter* cases, courts have not considered it necessary to direct the rates to be paid to state-funded lawyers appointed to represent the accused. A number of appellate courts have considered the issue and found it unnecessary to direct the rate of compensation (see *R. v. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. v. Cai*), at para. 9; *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187, at para. 73; *Peterman*, at para. 30). This is in line with the approach outlined by this Court in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 104, where a rate of remuneration for state-funded counsel was not specified.

[67] However, this is not to say that an order fixing rates of remuneration under the *Charter* is precluded, as s. 24(1) “should be allowed to evolve to meet the challenges and circumstances of [the case]” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 59). It remains open to a court of competent jurisdiction to award such a remedy where a *Charter* right is at stake and it is appropriate and just to do so.

[68] Furthermore, this is not a case like *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374, where s. 694.1(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provided statutory authority for the Registrar of this Court to fix the fair and reasonable fees and disbursements of counsel appointed by the Court pursuant to s. 694.1(1), where counsel and the

(i) La nécessité

[65] Dans le passé, les tribunaux ont effectivement nommé des *amici* même s'ils n'avaient pas le pouvoir de déterminer leur rémunération. Nul ne conteste qu'il est loisible à la cour de préciser les qualifications générales requises pour s'acquitter du mandat. Il incombe au procureur général de payer la somme qui convient au regard de la Constitution pour répondre aux besoins des tribunaux.

[66] En outre, les ordonnances de type *Rowbotham* rendues au cours des 25 dernières années confirment la retenue judiciaire en cette matière, car même dans les affaires liées à la *Charte*, les tribunaux n'ont pas jugé nécessaire de prescrire le tarif de la rémunération des avocats commis d'office par l'État pour représenter l'accusé. Saisies de la question, des cours d'appel n'ont pas estimé nécessaire de fixer le taux de la rémunération (voir *R. c. Chan*, 2002 ABCA 299, 317 A.R. 240 (*sub nom. R. c. Cai*), par. 9; *R. c. Ho*, 2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187, par. 73; *Peterman*, par. 30). Cette approche est dans le droit fil de celle de notre Cour dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 104, où le taux de rémunération d'un avocat rémunéré par l'État n'a pas été fixé.

[67] Une ordonnance peut toutefois être rendue à cet égard sur le fondement de la *Charte*, car le par. 24(1) « doit pouvoir évoluer de manière à relever les défis et à tenir compte des circonstances de [l'espèce] » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 59). Il demeure loisible à la cour compétente d'accorder une telle réparation lorsqu'un droit garanti par la *Charte* est en jeu et qu'il est à la fois indiqué et juste de le faire.

[68] Qui plus est, la présente affaire ne s'apparente pas à *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374, où le par. 694.1(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, conférait au registraire de la Cour le pouvoir légal de fixer les honoraires et les débours justes et raisonnables de l'avocat nommé par la Cour en application du par. 694.1(1) lorsque le procureur

Attorney General could not agree, or *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), where the Attorney General in effect delegated to the court the task of finding an independent prosecutor for contempt proceedings that had been brought against Crown officials in order to avoid the appearance of a conflict of interest (para. 18); counsel for the Attorney General conceded that the court had jurisdiction to fix compensation (para. 13). Apart from these two cases and the cases at bar, I have not been directed to, nor have I been able to find, any appellate decision which has concluded that it was necessary to fix the rates of remuneration for state-funded counsel.

(ii) Limitations Imposed by Our Constitutional Order

[69] As I have explained, permitting judges to set rates and to order payment without authority based on a statute or derived from a constitutional challenge takes the judge out of the proper judicial role. A court's inherent or implied jurisdiction cannot surpass what the Constitution permits. As we have seen, the inherent jurisdiction of the court must respect the constitutional framework and the allocation of responsibility this framework makes. It is for the duly elected members of the legislature to determine what funds are expended on the administration of justice, not the judges.

[70] In cases where the lawyer contemplated by the court opts not to accept the compensation offered by the Attorney General, the court does not, in my view, have the ability to specify a rate of remuneration in order to secure the *amicus* of its choice. The inability to have the *amicus* of its choice does not deprive the court of its nature as a court of law. Even the accused, whose right to a fair trial is at stake, is not entitled to be provided with state-funded counsel of choice, provided he or she receives legal representation that gives a fair opportunity to make full answer and defence (see *R. v. Rockwood* (1989), 91 N.S.R. (2d) 305 (S.C. (App. Div.)), at paras. 15-20; *Chan*, at para. 18; *Child and Family Services of Winnipeg v. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161, at para. 45;

général et l'avocat ne pouvaient s'entendre. Elle n'a pas non plus d'atomes crochus avec l'affaire *Ontario c. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), où le procureur général avait confié à la cour la tâche de trouver un poursuivant indépendant dans une instance d'outrage au tribunal engagée contre des fonctionnaires du ministère public afin qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts apparent (par. 18); le procureur général avait reconnu qu'il incombait à la cour de fixer la rémunération de ce poursuivant indépendant (par. 13). Hormis ces deux affaires, et celles dont nous sommes saisis en l'espèce, on n'a porté à mon attention — et je n'ai été en mesure de trouver — aucune décision où un tribunal d'appel conclut qu'il faut fixer le taux de la rémunération versée à un avocat rémunéré par l'État.

(ii) Les limites imposées par notre régime constitutionnel

[69] Comme je l'explique précédemment, le juge qui fixe la rémunération de l'*amicus* et ordonne son paiement sans l'autorisation de la loi ou celle qui découle d'une contestation constitutionnelle outrepassé ses attributions judiciaires. Une cour doit exercer sa compétence inhérente ou tacite dans le respect de la Constitution. Comme nous l'avons vu, elle doit alors tenir compte du cadre constitutionnel et de la répartition des attributions qui découle de ce dernier. Il appartient aux députés dûment élus de la législature, et non aux juges, de décider des sommes à consacrer à l'administration de la justice.

[70] Lorsque l'avocat pressenti par la cour refuse la rémunération offerte par le procureur général, la cour n'est pas habilitée, selon moi, à modifier cette rémunération afin de s'adjoindre l'*amicus* de son choix. L'impossibilité de recourir à cet *amicus* en particulier ne prive pas la cour de sa fonction de cour de justice. Même l'accusé, dont le droit à un procès équitable est en jeu, n'a pas droit aux services de l'avocat de son choix lorsque les honoraires sont payés par l'État; il suffit qu'un avocat lui permette de présenter une défense pleine et entière (voir *R. c. Rockwood* (1989), 91 N.S.R. (2d) 305 (C.S. (Div. d'appel)), par. 15-20; *Chan*, par. 18; *Child and Family Services of Winnipeg c. J. A.*, 2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161, par. 45; *Peterman*, par. 26-28; *R. c. Ryan*, 2005

Peterman, at paras 26-28; *R. v. Ryan*, 2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161, at paras. 7-8; *R. v. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200, at paras. 9-11).

[71] In Ontario, the Attorney General typically finds a number of appropriate lawyers willing to act as *amicus* for the consideration of the trial judge. Such a process respects the institutional and complementary constitutional roles of the courts, the Attorney General on behalf of the executive, and the legislature.

[72] The appointment of *amici* cannot be permitted to devolve into a routine way of getting complex trials completed. Fundamentally, providing judges with the assistance required to complete criminal trials in a fair and timely way is a matter concerning the administration of justice. As such, it is the responsibility of the province. Ultimately, it is the province's duty to find solutions to recurring problems such as those that arose in the cases before us. To routinely ask judges to resolve these problems by extraordinary orders taxes the inherent jurisdiction of the court with more than it can properly be made to bear.

[73] For example, if the increasing demands on trial judges are best met by the appointment of *amici* to assist, but not act for, the unrepresented accused, the province may create a roster of available and qualified counsel who are prepared to act at the rate offered by the Attorney General. The province may create a mechanism for the monitoring and oversight of those funds, or look to a staffed office to fulfill the role. It may be that the province chooses to enhance the legal aid plan or to establish a separate regime to address the different roles of *amici*.⁶ It can choose to respond to public policy problems in a way that does not undermine other programs and priorities, including the legal

6 For instance, in Manitoba the appointment of *amici* is addressed in *The Legal Aid Manitoba Act*, C.C.S.M. c. L105, s. 3(2): "Subject to the approval of the council, Legal Aid Manitoba may provide legal aid requested by the minister, a judge, or an officer of a court or tribunal, including providing representation as a friend of the court, and legal information or advice to an organization or agency, or to persons within a geographic area."

NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161, par. 7-8; *R. c. Gagnon*, 2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200, par. 9-11).

[71] En Ontario, le procureur général soumet habituellement à l'examen du juge du procès la candidature d'un certain nombre d'avocats compétents disposés à être nommés *amici*, ce qui respecte les fonctions institutionnelles des tribunaux, du procureur général (qui représente l'exécutif) et du législatif, de même que leurs fonctions constitutionnelles complémentaires.

[72] On ne saurait permettre la nomination systématique d'*amici* pour assurer le bon déroulement de procès complexes. Essentiellement, l'aide qu'il convient d'offrir au juge pour qu'il mène à terme un procès criminel de manière équitable et sans retard indu relève de l'administration de la justice et ressortit donc à la compétence de la province. En fin de compte, c'est à la province qu'il revient de trouver des solutions à des problèmes récurrents de la nature de ceux qui se sont posés dans les affaires visées par le pourvoi. Demander d'emblée à la cour une mesure extraordinaire ne tient pas compte des limites de sa compétence inhérente.

[73] Ainsi, par exemple, si le meilleur moyen de répondre aux exigences accrues qui sont faites au juge de première instance réside dans la nomination d'un *amicus* pour assister l'accusé non représenté, la province peut établir une liste de candidats qualifiés disposés à offrir leurs services au tarif offert par le procureur général. Elle peut créer un mécanisme de contrôle et de surveillance des fonds ainsi engagés, ou mettre sur pied un bureau doté du personnel requis pour s'acquitter de cette tâche. Elle choisira peut-être de bonifier le régime d'aide juridique ou d'établir un régime distinct pour les différentes fonctions dévolues à l'*amicus*.⁶ Elle peut décider de s'attaquer aux problèmes de politique publique

6 Par exemple, au Manitoba, la nomination d'un *amicus* est prévue dans la *Loi sur la Société d'aide juridique du Manitoba*, C.P.L.M. ch. L105, par. 3(2) : « Sous réserve de l'approbation du conseil, la Société peut fournir à des personnes se trouvant dans une région géographique ou à des organismes les services d'aide juridique demandés par le ministre, un juge ou un auxiliaire de la justice, y compris les services de représentation qu'une personne rend à titre d'intervenant désintéressé, ainsi que des renseignements et des conseils juridiques. »

aid program. What is more, the government is accountable to the public for such choices.

[74] Of course, it remains the case that a failure to provide the appropriate support may compromise the judicial process in a specific case. For instance, in a criminal case, the absence of a qualified court reporter or interpreter may mean that the court cannot proceed with the trial. However, a trial judge cannot use her inherent jurisdiction to insist that the Attorney General pay the higher rates required to attract a particular court reporter or interpreter. Sometimes a trial cannot proceed, and must be rescheduled, despite the trial judge's or the Crown's best efforts.

[75] In those exceptional cases where *Charter* rights are not at stake but the judge must have help to do justice and appoints an *amicus*, the person appointed and the Attorney General should meet to set rates and mode of payment. The judge may be consulted, but should not make orders regarding payment that the Attorney General would have no choice but to obey.

[76] In the final analysis, if the assistance of an *amicus* is truly essential and the matter cannot be amicably resolved between the *amicus* and the Attorney General, the judge's only recourse may be to exercise her inherent jurisdiction to impose a stay until the *amicus* can be found. If the trial cannot proceed, the court can give reasons for the stay, so that the responsibility for the delay is clear.

(c) *The Integrity of the Judicial Process Would Be Imperilled*

[77] Finally, recognizing that courts have the inherent or implied power to set rates of compensation creates a very real risk of compromising the judicial role. The respondent Criminal Lawyers' Association of Ontario says that courts use their inherent jurisdiction to set rates of remuneration for

de manière à ne pas compromettre les autres programmes et priorités, y compris le programme d'aide juridique. Qui plus est, le gouvernement assume la responsabilité publique de ces choix.

[74] Bien entendu, l'absence de services d'appui adéquats peut compromettre le processus judiciaire dans un cas donné. Par exemple, dans un dossier criminel, l'absence d'un sténographe ou d'un interprète qualifié peut empêcher la cour d'instruire le procès. Or, le juge du procès ne peut pas exercer sa compétence inhérente pour exiger du procureur général qu'il offre la rémunération nécessaire à l'obtention des services d'un sténographe ou d'un interprète en particulier. Il arrive parfois que, malgré tous les efforts du juge du procès ou du ministère public, un procès ne puisse aller de l'avant et doive être reporté.

[75] Dans les cas exceptionnels où, sans qu'un droit garanti par la *Charte* ne soit en jeu, le juge doit obtenir l'aide d'un *amicus* pour rendre justice, le candidat retenu et le procureur général se rencontrent pour déterminer le tarif et les modalités de paiement. Ils peuvent consulter le juge, mais ce dernier doit s'abstenir de rendre, relativement au paiement, une ordonnance à laquelle le procureur général n'aurait d'autre choix que d'obéir.

[76] En dernière analyse, lorsque le recours à un *amicus* est vraiment essentiel et que l'avocat pressenti et le procureur général ne parviennent pas à s'entendre sur la rémunération, le juge peut n'avoir d'autre choix que, dans l'exercice de sa compétence inhérente, de suspendre l'instance jusqu'à la nomination d'un *amicus*. Si le procès ne peut aller de l'avant, la cour peut motiver la suspension d'instance et préciser la cause du retard.

(c) *Atteinte à l'intégrité du processus judiciaire*

[77] Enfin, reconnaître à une cour de justice le pouvoir inhérent ou tacite de fixer un taux de rémunération crée un risque bien réel d'atteinte à la fonction judiciaire. L'intimée Criminal Lawyers' Association of Ontario soutient que les tribunaux exercent rarement leur compétence inhérente pour

amici infrequently and for small amounts, such that the sums involved are modest and do not engage social, economic or political policy. However, the practical result is that, in Ontario, 242 superior court judges would have the ability to instruct the Attorney General in the expenditure of funds on the administration of justice, in a piecemeal and inconsistent fashion. As noted above, such orders would potentially undermine the province's legal aid system.

[78] Decisions regarding rates of compensation for *amici* would put judges into the fray, requiring them to determine fair rates of compensation; to monitor the compensation claimed; or, as happened in *Imona Russel #2*, to appoint further counsel to monitor the fees and the time claimed, at a further fixed fee.

[79] Given the cost of lengthy trials, compensation orders for lawyers in a long, complex criminal trial can represent the expenditure of hundreds of thousands of dollars of public funds, reviewable only by an appellate court. There is a real risk that such a disregard of the separation of powers and the constitutional role and institutional capacity of the different branches of government could undermine the legal aid system and cause a lack of public confidence in judges and the courts. Indeed, as the High Court of Australia found in *Grollo v. Palmer* (1995), 184 C.L.R. 348, at p. 365, courts may not exercise non-judicial functions that would diminish public confidence in the integrity of the judiciary as an institution.

V. Conclusion

[80] In summary, the ability to fix rates of compensation is not necessary for the court to make its power to appoint *amici curiae* effective, and the judicial process will not be weakened or imperilled if compensation cannot be ordered. Indeed, even following a *Rowbotham* application, when the courts have the jurisdiction to direct compensation for counsel appointed under s. 24(1) of the *Charter*,

fixer la rémunération des *amici* et que, lorsqu'ils le font, le taux accordé est peu élevé, de sorte que les sommes en cause sont modestes et ne font pas intervenir des considérations sociales, économiques ou politiques. Or, il demeure que 242 juges des cours supérieures de l'Ontario pourraient dans les faits ordonner au procureur général d'affecter des fonds à l'administration de la justice, et ce, de manière sporadique et contradictoire. Je le répète, de telles ordonnances pourraient saper le régime provincial d'aide juridique.

[78] Décider de la rémunération des *amici* jetterait les juges dans la mêlée, car ils auraient à déterminer de justes taux de rémunération, à contrôler les honoraires réclamés ou, comme dans l'affaire *Imona Russel n° 2*, à nommer un autre avocat pour contrôler les honoraires et les heures facturées, ce qui occasionne d'autres frais.

[79] Étant donné le coût d'un long procès, une ordonnance sur la rémunération d'un avocat dans un procès criminel à la fois long et complexe peut entraîner le versement de centaines de milliers de dollars prélevés sur le Trésor, et seule une cour d'appel pourrait réformer une telle ordonnance. Le risque existe bel et bien que le non-respect de la séparation des pouvoirs, ainsi que des attributions constitutionnelles et institutionnelles des différentes branches de l'État, porte atteinte au programme d'aide juridique et sape la confiance du public dans les juges et les tribunaux. En effet, comme l'a conclu la Haute Cour d'Australie dans *Grollo c. Palmer* (1995), 184 C.L.R. 348, p. 365, les tribunaux ne peuvent exercer de fonctions non judiciaires qui sont de nature à diminuer la confiance du public dans l'intégrité de l'institution judiciaire.

V. Conclusion

[80] En résumé, le pouvoir de fixer la rémunération de l'*amicus* n'est pas nécessaire à l'exercice réel du pouvoir de la cour de nommer un *amicus curiae*, et le processus judiciaire ne sera ni affaibli ni compromis si la rémunération ne peut faire l'objet d'une ordonnance judiciaire. En effet, même lorsqu'une demande de type *Rowbotham* a été présentée et que le tribunal a le pouvoir de fixer

the courts have rarely found it necessary to direct the rates payable to defence counsel.

[81] Allowing superior and statutory court judges to direct an Attorney General as to how to expend funds on the administration of justice, in the absence of a constitutional challenge or statutory authority, is incompatible with the different roles, responsibilities and institutional capacities assigned to trial judges, legislators and the executive in our parliamentary democracy.

[82] In the end, what concerned the Court of Appeal was the proper course to follow if the Attorney General is unreasonable and a particular lawyer is not prepared to accept the rates for service as *amicus*. While trial judges have a number of options regarding how to proceed in the face of such an impasse, they do not have the power to determine what a reasonable fee is or to order the government to pay it. Such orders cross an impermissible line. The other pillars of government are accountable for establishing spending priorities and, so long as their initiatives pass constitutional muster, have the institutional capacity to define public policy and find program solutions. The Court must allow provinces the flexibility they require to meet their constitutional obligation to fund *amici*, when essential.

[83] While the rule of law requires an effective justice system with independent and impartial decision makers, it does not exist independently of financial constraints and the financial choices of the executive and legislature. Furthermore, in our system of parliamentary democracy, an inherent and inalienable right to fix a trial participant's compensation oversteps the responsibilities of the judiciary and blurs the roles and public accountability of the three separate branches of

la rémunération de l'avocat nommé en application du par. 24(1) de la *Charte*, le tribunal saisi juge rarement nécessaire d'arrêter le tarif auquel aura droit l'avocat de la défense.

[81] Permettre au juge d'une cour supérieure ou d'un tribunal d'origine législative d'enjoindre à un procureur général d'affecter des fonds à l'administration de la justice de telle ou telle manière, malgré l'absence de toute contestation constitutionnelle ou du pouvoir légal de le faire, est incompatible avec les fonctions différentes et les compétences institutionnelles différentes du juge du procès, du législateur et de l'exécutif dans notre démocratie parlementaire.

[82] En définitive, la Cour d'appel s'est demandé quelle démarche devait être adoptée si le procureur général se montrait déraisonnable et qu'un avocat n'était pas disposé à accepter le tarif offert pour ses services d'*amicus*. Bien qu'un certain nombre de possibilités s'offrent à lui lorsqu'il se trouve dans une telle impasse, le juge du procès n'a pas le pouvoir de décider de ce qui constitue des honoraires raisonnables ni d'ordonner au gouvernement de les verser, car en rendant une telle ordonnance il franchit une limite qui ne saurait l'être. Les autres piliers de l'État assument la responsabilité de l'établissement de priorités financières et, dans la mesure où leurs décisions respectent la Constitution, ce sont eux qui disposent de l'expertise institutionnelle voulue pour définir la politique gouvernementale et proposer des programmes dont la création s'impose. La Cour doit permettre aux provinces de jouir de la souplesse nécessaire pour satisfaire à leur obligation constitutionnelle de financer les services d'*amici* jugés essentiels.

[83] La primauté du droit nécessite un système de justice efficace, doté de décideurs indépendants et impartiaux, mais elle n'existe pas indépendamment des contraintes financières et des choix financiers de l'exécutif et du législatif. Qui plus est, dans notre système de démocratie parlementaire, un droit inhérent et inaliénable de fixer la rémunération d'un participant à un procès outrepasserait les attributions judiciaires et brouillerait les fonctions et la responsabilité publique des trois branches distinctes

government. In my view, such a state of affairs would imperil the judicial process; judicial orders fixing the expenditures of public funds put public confidence in the judiciary at risk.

[84] For the reasons stated above, the ability to set rates of compensation for *amici* does not form part of the inherent jurisdiction of a superior court. Given this conclusion, it follows that the ability to set rates of compensation for *amici* does not form part of the implicit powers of a statutory court to function as a court of law.

[85] Accordingly, I would allow the appeal. In light of the public importance of the issues engaged by this appeal, the parties will bear their own costs.

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[86] An *amicus curiae* is a friend of a court *in need* — and the friend of *that court* indeed.

[87] Accordingly, courts may appoint an *amicus* only when they require his or her assistance to ensure the orderly conduct of proceedings and the availability of relevant submissions. And once appointed, the *amicus* is bound by a duty of loyalty and integrity *to the court* and not to any of the parties to the proceedings.

[88] It is uncontested in this case that trial judges have jurisdiction to appoint an *amicus curiae* and to determine the role of the *amicus* in the proceedings before them. It is uncontested as well that the Attorney General who has conduct of the prosecution — in this case the Attorney General of Ontario — is then obliged to remunerate the *amicus* appropriately: A.F., at para. 3.

[89] The only question on this appeal is whether trial judges can themselves fix the fees to be paid

de l'État. À mon sens, le processus judiciaire en serait compromis; le prononcé d'ordonnances judiciaires portant affectation de fonds publics risquerait de miner la confiance du public dans les tribunaux.

[84] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la faculté de déterminer la rémunération d'un *amicus* ne découle pas de la compétence inhérente d'une cour supérieure. Elle ne découle donc pas non plus du pouvoir tacite d'une cour d'origine législative de constituer une cour de justice.

[85] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Compte tenu de l'importance pour le public des questions soulevées, les parties assumeront chacune leurs propres dépens.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[86] L'*amicus curiae* est l'ami du tribunal *qui en a besoin*, et l'ami de nul autre.

[87] Par conséquent, le tribunal ne peut nommer un *amicus* que s'il a besoin de son aide pour le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes. Une fois nommé, l'*amicus* a une obligation de loyauté et d'intégrité *envers le tribunal*, et non vis-à-vis de l'une ou l'autre des parties à l'instance.

[88] En l'espèce, nul ne conteste le pouvoir du juge du procès de nommer un *amicus curiae* et de déterminer son mandat dans l'instance. Nul ne conteste non plus que le procureur général qui poursuit — en l'espèce, celui de l'Ontario — est alors tenu de rémunérer l'*amicus* convenablement : m.a., par. 3.

[89] La seule question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le juge peut lui-même

to the *amicus*. The appellant would answer that question in the negative; the respondents in the affirmative.

[90] I agree with the respondents. In my view the jurisdiction to fix the fees of *amici curiae* is necessarily incidental to the power of trial judges to appoint them. There is no constitutional impediment to vesting in trial judges the authority to do so when necessary in the circumstances.

[91] As I explain below, once a trial judge names and defines the role of an *amicus curiae*, a consensual approach ought to be favoured. The Attorney General and the *amicus* should be invited to agree on both the rate of remuneration and the manner in which the *amicus's* budget is to be administered. If an agreement cannot be reached, the trial judge should fix the rate. The Attorney General then has the option of either paying the fee or staying the proceedings as a matter of prosecutorial discretion.

II

[92] This appeal concerns four distinct judgments, rendered in three cases and joined both in the Court of Appeal and in this Court for hearing and decision.

[93] In each instance, the trial judge appointed an *amicus curiae* and set the terms and conditions of the *amicus's* compensation. The judge then ordered the Crown to remunerate the *amicus* at the rate and upon the conditions fixed by the court.

[94] Two of the judgments before us relate to the trial of William Imona Russel. After Mr. Imona Russel had discharged several experienced lawyers whom he had retained under legal aid certificates, the Crown — not the accused — requested that the trial judge appoint an *amicus*. The appointment of an *amicus*, the Crown contended, would serve the interests of justice by ensuring the orderly conduct of the trial in the event that Mr. Imona Russel persisted in his serial discharge of defence counsel.

fixer les honoraires de l'*amicus*. L'appelante répond par la négative, les intimés par l'affirmative.

[90] Je suis d'accord avec les intimés. À mon avis, le pouvoir du juge du procès de fixer les honoraires de l'*amicus curiae* est nécessairement accessoire à son pouvoir de le nommer. Nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à l'exercice de ce pouvoir lorsque la situation l'exige.

[91] Comme je l'explique ci-après, dès que le juge du procès nomme un *amicus curiae* et définit son mandat, il y a lieu de favoriser une démarche consensuelle. Il faut inviter le procureur général et l'*amicus* à s'entendre sur le taux de rémunération de l'*amicus* et sur les modalités d'administration de son budget. À défaut d'accord, le juge fixe ce taux. Le procureur général peut alors soit verser les honoraires, soit suspendre l'instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre de poursuivant.

II

[92] Le présent pourvoi vise quatre jugements distincts rendus dans trois affaires, puis réunis tant en Cour d'appel que devant notre Cour aux fins d'audition et de décision.

[93] Dans chacun des dossiers, le juge du procès a nommé un *amicus curiae* et fixé les conditions de sa rémunération. Il a alors ordonné au ministère public de rémunérer l'*amicus* au taux et aux conditions ainsi déterminés.

[94] Deux des jugements visés par le pourvoi ont trait au procès de William Imona Russel. Après que M. Imona Russel eut mis fin aux mandats de plusieurs avocats d'expérience dont il avait retenu les services grâce à des certificats d'aide juridique, le ministère public — et non l'accusé — a demandé à la juge du procès de nommer un *amicus*. Le ministère public soutenait qu'une telle mesure servirait l'intérêt de la justice en assurant le bon déroulement du procès advenant que M. Imona Russel continue à révoquer ses avocats les uns après les autres.

[95] An *amicus curiae* was appointed on June 17, 2008. The order set out the duties of the *amicus* as follows:

To familiarize himself with this brief. If the accused discharges his lawyer or if the Court so orders, to advise the accused about points of law and legal issues; to discuss legal issues with the Crown on behalf of the accused; to speak to the court on behalf of the accused in relation to legal issues.

(*R. v. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (S.C.J.) (“*Imona Russel #1*”), at para. 7)

The order also stated that the *amicus* would be paid at the legal aid rate and that Legal Aid Ontario would manage the funding.

[96] After Mr. Imona Russel again dismissed his lawyer, Legal Aid refused to fund any new defence counsel. Mr. Imona Russel then brought an application for an order requiring the Attorney General to fund counsel as a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for an infringement of his right to a fair trial (more commonly known as a “*Rowbotham* order”: see *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)). This application was denied and appeals against that decision were dismissed.

[97] The trial judge felt bound in these circumstances to expand the role of the *amicus* previously appointed, despite Mr. Imona Russel’s protests and his refusal to cooperate with the *amicus*. The *amicus* was instructed to cross-examine witnesses, make objections to inadmissible evidence and raise legal arguments on behalf of Mr. Imona Russel. Effectively, as the trial judge noted, he was told “to defend the case as if he had a client who was choosing to remain mute”: *Imona Russel #1*, at para. 13.

[98] Two months later, Mr. Imona Russel reversed his position and requested a further expansion of the role of the *amicus*. Subject to a minor disagreement

[95] Dans une ordonnance datée du 17 juin 2008, un *amicus curiae* a été nommé et son mandat a été défini comme suit :

[TRADUCTION] Prendre connaissance du dossier. Si l’accusé met fin au mandat de son avocat ou si la Cour l’ordonne, conseiller l’accusé sur des points et des questions de droit; débattre des questions de droit avec le ministère public au nom de l’accusé; s’adresser au tribunal au nom de l’accusé sur des questions de droit.

(*R. c. Imona Russel*, 2009 CarswellOnt 9725 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 1* »), par. 7)

L’ordonnance prévoyait également que l’*amicus* serait rémunéré selon le tarif de l’aide juridique et qu’Aide juridique Ontario s’occuperait des paiements.

[96] Après que M. Imona Russel eut encore une fois mis fin au mandat de son avocat, l’Aide juridique a refusé de payer les honoraires d’un nouvel avocat de la défense. M. Imona Russel a alors demandé une ordonnance enjoignant au procureur général de payer les honoraires d’un avocat, et ce, à titre de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour atteinte à son droit à un procès équitable (communément appelée ordonnance de type *Rowbotham* : voir *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)). Sa demande a été rejetée, ainsi que tous ses appels.

[97] Étant donné la situation, la juge du procès a estimé qu’il lui fallait élargir le mandat de l’*amicus* déjà nommé, malgré les protestations de M. Imona Russel et son refus de collaborer avec l’*amicus*. L’*amicus* a été appelé à contre-interroger les témoins, à s’opposer à la preuve inadmissible et à présenter une argumentation juridique au nom de M. Imona Russel. Dans les faits, comme le signale la juge, on lui a enjoint [TRADUCTION] « d’agir dans l’instance comme s’il représentait un client qui choisissait de garder le silence » : *Imona Russel n° 1*, par. 13.

[98] Deux mois plus tard, M. Imona Russel a changé d’avis et a demandé que le mandat de l’*amicus* soit encore accru. Sous réserve d’un

as to privilege of the communications between the *amicus* and the accused, this expansion was supported by the Crown. In the result, the trial judge ordered the *amicus* to take instructions from and act on behalf of Mr. Imona Russel as he would in a traditional solicitor-client relationship, subject to two notable exceptions: Mr. Imona Russel could not discharge the *amicus* and the *amicus* could not withdraw his services due solely to a breakdown in the relationship with the accused.

[99] Following this significant expansion of his duties and obligations, the *amicus* sought a variation of his order of appointment. The trial judge agreed to increase the *amicus*'s rate of remuneration to \$192 per hour. This, she noted, was "the rate that would be paid [by the Attorney General] to a lawyer of [the *amicus*'s] year of call to prosecute or to represent the interests of a witness in a criminal case": *Imona Russel #1*, at para. 49.

[100] Several months later, being of the opinion that the budget of hours authorized by Legal Aid Ontario was not sufficient to permit him to adequately represent Mr. Imona Russel, the *amicus curiae* requested the appointment of an independent assessor to review Legal Aid's decision and to recommend a budget. Legal Aid initially agreed but later revised its position. The *amicus* then applied to the court for permission to withdraw.

[101] The trial judge held that the *amicus*'s request for an independent third party assessor was entirely reasonable. She ordered that a senior criminal lawyer be appointed to set a budget and to review, monitor and assess the accounts of the *amicus* on an ongoing basis: *R. v. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (S.C.J.) ("*Imona Russel #2*").

[102] The second case on appeal concerns the trial of Paul Whalen. Mr. Whalen was convicted of a number of serious indictable offences and the

léger désaccord quant au caractère privilégié des communications entre l'*amicus* et l'accusé, le ministère public a consenti à la mesure demandée. La juge a donc ordonné à l'*amicus* de représenter M. Imona Russel conformément à ses instructions, comme dans le cadre d'une relation classique procureur-client, sous réserve de deux exceptions importantes. M. Imona Russel ne pouvait mettre fin au mandat de l'*amicus*, et ce dernier ne pouvait cesser d'occuper au seul motif d'une mésentente entre eux.

[99] Après cet élargissement important de ses devoirs et obligations, l'*amicus* a demandé la modification de l'ordonnance pourvoyant à sa nomination. La juge du procès a accepté de porter sa rémunération à 192 \$ l'heure, ce qui, selon elle, [TRADUCTION] « correspondait au taux que [le procureur général] verserait à un avocat admis au Barreau la même année que [l'*amicus*] pour agir en qualité de poursuivant ou pour défendre les intérêts d'un témoin dans une instance criminelle » : *Imona Russel n° 1*, par. 49.

[100] Plusieurs mois plus tard, estimant que le nombre d'heures autorisé par Aide juridique Ontario ne lui permettait pas de bien représenter M. Imona Russel, l'*amicus* a demandé la nomination d'un évaluateur indépendant pour examiner la décision de l'Aide juridique et recommander un budget. Après avoir initialement consenti à cette nomination, l'Aide juridique s'est ravisée. L'*amicus* a alors demandé au tribunal la permission de cesser d'occuper.

[101] La juge du procès a statué que la demande de nomination d'un tiers évaluateur indépendant présentée par l'*amicus* était tout à fait raisonnable. Elle a ordonné qu'un criminaliste d'expérience soit mandaté pour établir un budget, puis faire droit ou non, après examen, aux demandes de paiement de l'*amicus* au fur et à mesure qu'elles étaient présentées : *R. c. Imona Russel*, 2010 CarswellOnt 10747 (C.S.J.) (« *Imona Russel n° 2* »).

[102] Le deuxième dossier visé par le pourvoi est celui de Paul Whalen. À l'issue de son procès, il a été reconnu coupable d'un certain nombre

Crown applied to have him declared a dangerous offender. Mr. Whalen had dismissed two lawyers since the commencement of proceedings and was unrepresented. He had been unable to retain counsel under his legal aid certificate because of an ongoing boycott of legal aid work by criminal defence lawyers in Ontario. The trial judge was of the view that, given the complex expert evidence that would be led on the application, the fairness of the proceedings would be compromised unless an *amicus curiae* was appointed by the court.

[103] The trial judge appointed Anik Morrow as *amicus* because she had already started to develop a relationship of confidence with Mr. Whalen, a difficult client. The judge believed that appointing two other lawyers, as suggested by the Attorney General, created a risk of destabilizing the proceedings. The trial judge set Ms. Morrow's rate of compensation at \$200 per hour and ordered Legal Aid Ontario to manage the account: *R. v. Whalen*, Sept. 18, 2009, No. 2178/1542 (Ont. Ct. J.).

[104] The final case on appeal was initiated by Lawrence Greenspon, a senior counsel. Wahab Dadshani was charged with first degree murder. His case had been before the courts for more than five years when, three months before his trial was to commence, he decided to discharge Mr. Greenspon. As a result, the court appointed Mr. Greenspon as *amicus curiae* in order to ensure that the trial proceeded as scheduled, whether Mr. Dadshani had counsel or not. Mr. Greenspon performed only 3.25 hours of work as *amicus* and his appointment lasted only until Mr. Dadshani's new counsel confirmed his presence at trial. The trial judge set Mr. Greenspon's rate of remuneration for his work as *amicus curiae* at \$250 per hour. In fixing this rate, the trial judge noted that Mr. Greenspon had more than 28 years of experience at the bar and was certified by the Law Society of Upper Canada as a specialist in criminal litigation: *R. v. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (S.C.J.), at para. 49.

d'infractions criminelles graves, et le ministère public a demandé qu'il soit déclaré délinquant dangereux. M. Whalen avait mis fin aux mandats de deux avocats depuis le début de l'instance, et il n'était plus représenté par avocat. Malgré l'obtention d'un certificat d'aide juridique, il n'avait pu retenir les services d'un avocat en raison d'un boycottage des mandats d'aide juridique par les avocats criminalistes ontariens. Le juge du procès a estimé, au vu de la complexité de la preuve d'expert qui serait présentée à l'appui de la demande, que l'équité de la procédure serait compromise, sauf nomination d'un *amicus curiae* par le tribunal.

[103] M^e Anik Morrow a alors été nommée *amicus* parce qu'elle avait déjà entrepris d'établir une relation de confiance avec M. Whalen, un client difficile. Le juge croyait que la nomination de deux autres avocats, comme le recommandait le procureur général, risquait de déstabiliser l'instance. Il a fixé la rémunération de M^e Morrow à 200 \$ l'heure et ordonné à Aide juridique Ontario de s'occuper du paiement de ses honoraires : *R. c. Whalen*, 18 sept. 2009, n^o 2178/1542 (C.J. Ont.).

[104] M^e Lawrence Greenspon, un avocat chevronné, est à l'origine du dernier dossier visé par le pourvoi. Wahab Dadshani a été accusé de meurtre au premier degré. La procédure judiciaire était engagée depuis plus de cinq ans lorsque, trois mois avant son procès, il a décidé de révoquer le mandat de M^e Greenspon. Le tribunal a alors nommé M^e Greenspon *amicus curiae* de façon que le procès débute à la date prévue, que M. Dadshani ait un avocat ou non. M^e Greenspon n'a exercé sa fonction d'*amicus* que 3,25 heures. Son mandat n'a duré que jusqu'à la confirmation par le nouvel avocat de M. Dadshani qu'il serait présent au début du procès. La juge a fixé à 250 \$ l'heure la rémunération de M^e Greenspon à titre d'*amicus curiae*. Pour fixer ce tarif, elle a signalé que M^e Greenspon avait plus de 28 années d'expérience comme avocat et qu'il était agréé par le Barreau du Haut-Canada en tant que spécialiste des procès criminels : *R. c. Greenspon*, 2009 CarswellOnt 7359 (C.S.J.), par. 49.

[105] The Crown appealed against all four decisions. In its view, trial judges have no jurisdiction to set the *amici*'s rates of remuneration, to determine how their budgets will be administered or to order the Attorney General to pay the *amici* at the rates fixed by the court. In the alternative, the Crown contended that the trial judges should have adopted the "least restrictive approach" and stayed the proceedings rather than order payment.

[106] The Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeals. The court found that incidental to a judge's power to appoint an *amicus* is the power to set the terms and conditions of that appointment, including the rate of compensation and the monitoring of accounts. It also held that since the cases under appeal do not engage the *Charter*, a temporary stay of proceedings — the least restrictive approach according to the Quebec Court of Appeal in *Québec (Procureur général) v. C. (R.)* (2003), 13 C.R. (6th) 1, at paras. 162-65 — was not the appropriate remedy in the circumstances: *R. v. Imona Russel*, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721.

[107] The Crown now appeals to this Court against the judgment of the Ontario Court of Appeal.

III

[108] Exceptionally, trial judges may appoint an *amicus curiae* to ensure the orderly conduct of proceedings and the availability of relevant submissions. They should not be required to decide contested, uncertain, complex and important points of law or of fact without the benefit of thorough submissions.

[109] Courts are empowered in some instances by specific statutory provisions, such as s. 486.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to appoint counsel for particular purposes. They may also order the appointment of defence counsel pursuant to a *Rowbotham* application as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[105] Le ministère public a interjeté appel de chacune des quatre décisions. À son avis, le juge du procès n'a pas compétence pour déterminer la rémunération de l'*amicus* et les modalités d'administration de son budget, non plus que pour ordonner au procureur général de le rémunérer au taux qu'il fixe. Subsidiairement, il a soutenu que le juge du procès aurait dû prendre la « mesure la moins contraignante » et suspendre l'instance plutôt que d'ordonner le paiement d'honoraires.

[106] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels à l'unanimité. Elle a conclu que le pouvoir du juge de fixer les conditions du mandat de l'*amicus*, y compris sa rémunération et le contrôle des demandes de paiement, était connexe à son pouvoir de nommer l'*amicus*. Puisque les décisions portées en appel n'emportaient pas l'application de la *Charte*, elle a également statué qu'une suspension temporaire — la mesure jugée la moins contraignante par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027, par. 162-165 — ne constituait pas la réparation appropriée en l'espèce : *R. c. Imona Russel*, 2011 ONCA 303, 104 O.R. (3d) 721.

[107] Le ministère public se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour contre le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario.

III

[108] Le juge du procès peut, à titre exceptionnel, nommer un *amicus curiae* pour assurer le bon déroulement de l'instance et la formulation d'observations pertinentes. Il ne saurait être tenu de trancher une question de droit ou de fait contestée, aux contours incertains, complexe et importante en l'absence des plaidoiries complètes qui s'imposent.

[109] Dans certaines situations, le tribunal peut nommer un avocat à une fin particulière en vertu d'une disposition législative expresse, tel l'art. 486.3 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il peut également nommer un avocat de la défense par suite d'une demande de type *Rowbotham*, en guise de réparation suivant le par. 24(1) de la *Charte*.

[110] The appointment of *amici curiae* derives, however, from different sources and should be kept conceptually distinct.

[111] Superior courts are empowered by their inherent jurisdiction to appoint *amici curiae*. Most recently, in *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at paras. 24 and 29, this Court described the inherent jurisdiction of superior courts as follows:

The inherent jurisdiction of the provincial superior courts is broadly defined as “a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so”: I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 51. These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner” (p. 28). . . .

. . . In summary, Jacob states, “The inherent jurisdiction of the court may be invoked in an apparently inexhaustible variety of circumstances and may be exercised in different ways” [Emphasis deleted.]

See also *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 29-30; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paras. 29-32; *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. (reissue) 2001), vol. 37, at para. 12.

[112] In the case of statutory courts, the power to appoint an *amicus* derives from the court’s authority to control its own process in order to administer justice fully and effectively. Their authority to appoint *amici* is necessarily implied in the power to function as a court of law: *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paras. 70-71; *Cunningham*, at para. 19.

[110] Toutefois, la nomination d’un *amicus curiae* a une origine propre à elle et doit être considérée séparément sur le plan conceptuel.

[111] Les cours supérieures ont le pouvoir inhérent de nommer un *amicus curiae*. Tout récemment, dans l’arrêt *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24 et 29, notre Cour décrivait comme suit la compétence inhérente des cours supérieures :

La compétence inhérente des cours supérieures provinciales est largement définie comme étant [TRADUCTION] « une source résiduelle de pouvoirs, à laquelle la Cour peut puiser au besoin lorsqu’il est juste ou équitable de le faire » : I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 51. Ces pouvoirs émanent « non pas d’une loi ou d’une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (Jacob, p. 27) pour permettre « de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (p. 28). . .

. . . En bref, Jacob dit ce qui suit : « La compétence inhérente de la cour peut être invoquée dans un nombre apparemment infini de circonstances et peut être exercée de différentes façons » . . . [Soulignement omis.]

Voir aussi *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 29-30; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 29-32; *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. (réédition) 2001), vol. 37, par. 12.

[112] Dans le cas d’un tribunal d’origine législative, le pouvoir de nommer un *amicus* découle de la maîtrise de sa propre procédure aux fins de l’administration efficace et sans réserve de la justice. Son pouvoir de nommer un *amicus* s’infère nécessairement de sa faculté de constituer une cour de justice : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 70-71; *Cunningham*, par. 19.

[113] The Crown did not, either before this Court or the courts below, contest the propriety of the *amicus* appointments in any of the cases before us. Nor did it challenge the established distinctions between defence counsel, whether appointed pursuant to a legal aid certificate or under a *Rowbotham* order, and *amicus curiae*. The Crown's appeal is restricted to a single question: whether trial judges have jurisdiction to fix an *amicus*'s rate of remuneration.

[114] I think it useful nonetheless to provide some guidance regarding the circumstances in which an *amicus* appointment is appropriate. An *amicus curiae* may play many roles but it is important to recognize at the outset that an *amicus* is *not* a defence counsel. Once clothed with all the duties and responsibilities of defence counsel, the *amicus* can no longer properly be called a "friend of the court".

[115] The discretion of trial judges to appoint an *amicus* is not unrestricted. The power to appoint should be exercised sparingly and with caution (see *Caron*, at para. 30), and appointments should be in response to specific and exceptional circumstances. Trial judges must not externalize *their* duty to ensure a fair trial for unrepresented accused by shifting the responsibility to *amici curiae* who, albeit under a different name, assume a role nearly identical to that of defence counsel.

[116] An accused is entitled to forego the benefit of counsel and elect instead to proceed unrepresented. An *amicus* should not be appointed to impose counsel on an unwilling accused or permit an accused to circumvent the established procedure for obtaining government-funded counsel: *Cunningham*, at para. 9. In the vast majority of cases, as long as a trial judge provides guidance to an unrepresented accused, a fair and orderly trial can be ensured without the assistance of an *amicus*. Such is the case even if the accused's defence is not then quite as effective as it would have been had the accused retained competent defence counsel.

[113] Le ministère public ne conteste pas devant nous, et il ne l'a pas fait devant les juridictions inférieures, l'opportunité de la nomination d'un *amicus* dans les dossiers dont nous sommes saisis. Il ne conteste pas non plus les distinctions établies entre l'avocat de la défense nommé en vertu d'un certificat d'aide juridique ou d'une ordonnance de type *Rowbotham* et l'*amicus curiae*. Seule une question est aujourd'hui en litige : le juge du procès a-t-il compétence pour déterminer la rémunération de l'*amicus*?

[114] Je crois néanmoins utile de donner quelques précisions sur les circonstances dans lesquelles la nomination d'un *amicus* est indiquée. L'*amicus* peut exercer bien des fonctions, mais il importe de reconnaître d'emblée qu'il n'est *pas* avocat de la défense. Dès que les devoirs et les obligations d'un avocat de la défense lui incombent, il ne peut plus être considéré à juste titre comme l'« ami de la cour ».

[115] Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de nommer un *amicus* n'est pas absolu. Il doit être exercé parcimonieusement et avec circonspection (voir *Caron*, par. 30) et dans une situation particulière et exceptionnelle. Le juge ne doit pas se décharger de *son* obligation d'assurer un procès équitable à l'accusé non représenté par avocat en s'en remettant à l'*amicus curiae* qui, bien que sous une appellation différente, s'acquitterait dès lors d'une fonction presque identique à celle d'un avocat de la défense.

[116] L'accusé peut renoncer aux services d'un avocat et décider de subir son procès sans être représenté. Un *amicus* ne doit pas être nommé pour lui imposer un avocat contre son gré ou lui permettre de contourner la procédure établie pour l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État : *Cunningham*, par. 9. Dans la plupart des cas, si le juge guide et informe l'accusé non représenté, le procès peut se dérouler comme il convient et conformément à l'équité sans l'aide d'un *amicus*. Il en est ainsi même lorsque la défense de l'accusé n'est pas alors assurée aussi efficacement qu'elle l'aurait été par un avocat compétent.

[117] If appointed, an *amicus* may be asked to play a wide variety of roles: *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (Ont. S.C.J.), at paras. 52-59, *per* Durno J. There is, as Rosenberg J.A. pointed out in *R. v. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434 (C.A.), at p. 444, “no precise definition of the role of *amicus curiae* capable of covering all possible situations in which the court may find it advantageous to have the advice of counsel who is not acting for the parties”.

[118] Regardless of what responsibilities the *amicus* is given, however, his defining characteristic remains his duty to the court and to ensuring the proper administration of justice. An *amicus*'s sole “client” is the court, and an *amicus*'s purpose is to provide the court with a perspective it feels it is lacking — all that an *amicus* does is in the public interest for the benefit of the court in the correct disposal of the case: *R. v. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363 (N.W.T.S.C.), at para. 12.

[119] While the *amicus* may, in some circumstances, be called upon to “act” for an accused by adopting and defending the accused's position, his role is fundamentally distinct from that of a defence counsel who represents an accused person either pursuant to a legal aid certificate or under a *Rowbotham* order. Furthering the best interests of the accused may be an *incidental result*, but is not *the purpose*, of an *amicus* appointment.

[120] As Durno J. explained in *Cairenius*, at para. 62:

. . . *amicus* is generally not counsel for the accused/applicant, there is no solicitor-client relationship, and *amicus* does not take instructions from a client. The general role of *amicus* is to assist the court. *Amicus*, as a friend of the court, has an obligation to bring facts or points of law to the court's attention that might be contrary to the interests of the applicant. This is contrary to the traditional role of defence counsel described in *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.) at 227-8, and cited with approval by Rosenberg J.A. in *Samra* . . .

[117] Lorsqu'il est nommé, l'*amicus* peut être appelé à jouer une grande variété de rôles : *R. c. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (C.S.J. Ont.), par. 52-59, le juge Durno. Comme le souligne le juge Rosenberg dans l'arrêt *R. c. Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434 (C.A.), p. 444, il [TRADUCTION] « n'existe pas de définition précise du rôle de l'*amicus curiae* qui soit applicable à toutes les situations possibles où le tribunal peut trouver bénéfique d'obtenir les conseils d'un avocat qui n'agit pas pour les parties ».

[118] Toutefois, quel que soit le mandat confié à l'*amicus*, sa mission fondamentale demeure de s'acquitter de son devoir envers le tribunal et d'assurer la bonne administration de la justice. L'*amicus* a pour seul « client » le tribunal, et celui-ci le nomme afin de bénéficier d'un point de vue dont il s'estime privé; l'*amicus* s'acquitte de sa fonction dans l'intérêt public, au bénéfice du tribunal, afin qu'une juste décision soit rendue : *R. c. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363 (C.S.T.N.-O.), par. 12.

[119] Bien que, dans certaines situations, l'*amicus* puisse être appelé à « agir » pour un accusé en adoptant et en défendant son point de vue, ce rôle est fondamentalement distinct de celui d'un avocat de la défense qui représenterait l'accusé après que ce dernier eut obtenu un certificat d'aide juridique ou demandé une ordonnance de type *Rowbotham*. Protéger l'intérêt de l'accusé peut être un *résultat accessoire*, mais non l'*objectif*, de la nomination de l'*amicus*.

[120] Comme l'explique le juge Durno dans l'arrêt *Cairenius*, par. 62 :

[TRADUCTION] . . . l'*amicus* n'est généralement pas l'avocat de l'accusé/demandeur, il n'existe pas de relation procureur-client et l'*amicus* ne reçoit pas d'instructions d'un client. La fonction générale de l'*amicus* est d'aider le tribunal. En tant qu'ami de la cour, l'*amicus* a l'obligation de porter à son attention les faits ou les points de droit qui sont susceptibles d'être contraires à l'intérêt du demandeur. Sa fonction s'oppose donc au rôle traditionnel de l'avocat de la défense décrit dans l'arrêt *Rondel c. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.), p. 227-228, cité avec approbation par le juge Rosenberg dans l'arrêt *Samra* . . .

[121] Where a trial judge appoints an *amicus*, these distinctions between an *amicus* and court-appointed defence counsel should be made clear both to the *amicus* and to the accused. The blurring of the line between the two roles in the present cases causes me some concern; however, as pointed out, that is not the issue before us.

[122] I turn now to the main issue raised on this appeal. In my view, a necessary corollary to a trial judge's power to appoint an *amicus* is the power to fix the *amicus*'s remuneration. I am unable, for three reasons, to adopt the contrary position urged by the appellant — one that would grant the provincial Attorney General the exclusive power to fix an *amicus*'s rate of remuneration.

[123] First, such a position would unduly weaken the courts' appointment power and ability to name an *amicus* of their choosing. Counsel available to serve as an *amicus* would be limited to those willing to accept appointment at the rate fixed by the Attorney General.

[124] Second, the integrity of the judicial process would be imperilled. It has not been suggested that the Attorney General would set the rate of remuneration unreasonably or impracticably low. Nonetheless, the reasoning of this Court in another context is equally relevant here: the ability of the court to ensure a fair and orderly process "should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control": *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at p. 104.

[125] Finally, the Attorney General's unilateral control over the remuneration of *amici curiae* might create an appearance of bias and place *amici* themselves in an unavoidable conflict of interest. As *amici* often play a role that can be said to be adversarial to the Crown, if the Crown were permitted to determine unilaterally and exclusively how much an *amicus* is paid, the reasonable person might conclude that the "expectation . . . of

[121] Lorsque le juge du procès nomme un *amicus*, ces distinctions entre l'*amicus* et l'avocat de la défense commis d'office doivent être clairement signalées à l'*amicus* et à l'accusé. La confusion des deux rôles dans les dossiers visés par le pourvoi me préoccupe quelque peu, mais comme je l'ai déjà mentionné, nous ne sommes pas saisis de cette question.

[122] Je passe maintenant à la principale question en litige. À mon avis, le pouvoir du juge du procès de fixer la rémunération de l'*amicus* découle nécessairement du pouvoir qu'il a de le nommer. Je ne puis souscrire à la thèse contraire de l'appelante, à savoir que le procureur général d'une province aurait le pouvoir exclusif de déterminer le taux de rémunération de l'*amicus*, et ce, pour trois raisons.

[123] Premièrement, il en résulterait un affaiblissement injustifié du pouvoir de nomination du tribunal et de sa faculté de nommer l'*amicus* de son choix. Les seuls avocats susceptibles d'être nommés *amici* seraient ceux disposés à se satisfaire de la rémunération fixée par le procureur général.

[124] Deuxièmement, l'intégrité du processus judiciaire serait compromise. Nul ne prétend que la rémunération déterminée par le procureur général serait basse au point d'être déraisonnable ou irréaliste. Néanmoins, le raisonnement de notre Cour dans un autre contexte vaut également en l'espèce : la capacité du tribunal d'assurer l'équité et le bon déroulement du procès « ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser » : *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 104.

[125] Enfin, le pouvoir unilatéral du procureur général de déterminer la rémunération de l'*amicus curiae* pourrait créer une apparence de partialité et faire en sorte que l'*amicus* se retrouve inévitablement en situation de conflit d'intérêts. Puisque l'*amicus* joue souvent un rôle qu'on peut qualifier d'opposé à celui du ministère public, si on conférait à ce dernier le pouvoir unilatéral et exclusif de déterminer la rémunération de l'*amicus*,

give and take” might lead the *amicus* to discharge his duties so as to curry favour with the Attorney General: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 187.

[126] There is, moreover, no constitutional impediment to a trial judge ordering the Ministry of the Attorney General to pay an *amicus* at a specific rate of remuneration fixed by the court.

[127] The fundamental constitutional principle derived from the decision of the Privy Council in *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318, provides that only Parliament can authorize payment out of money from the Consolidated Revenue Fund: see also *Constitution Act, 1867*, s. 126; *Financial Administration Act*, R.S.O. 1990, c. F.12 (“*FAA*”), s. 11.1(1).

[128] The *Auckland Harbour* principle, however, finds no application in the case at bar. The principle acts only to constrain the ability of the executive branch of government to spend money in the absence of authorization by the legislature. Since, however, the Attorney General has the authority to disburse public funds to pay *amici curiae* when their rate of remuneration is not fixed by the court, then the same authority necessarily exists even if their rate is fixed by the court.

[129] As a constitutional matter, the fees of *amici curiae* in this case can be paid by the Attorney General directly from the Consolidated Revenue Fund under a standing appropriation provided for in the *FAA*.

[130] Section 13 of the *FAA* provides that “[i]f any public money is . . . directed by the judgment of a court . . . to be paid by the Crown or the Lieutenant Governor and no other provision is made respecting it, such money is payable under warrant of the Lieutenant Governor, directed to the Minister of Finance, out of the Consolidated Revenue Fund”. See also *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 22. As the Legislative Assembly

une personne raisonnable pourrait conclure que l’« attente [de] concessions mutuelles » est susceptible d’amener l’*amicus* à s’acquitter de ses fonctions de manière à gagner la faveur du procureur général : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 187.

[126] En outre, nulle disposition constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu’un tribunal ordonne au ministère du Procureur général de rémunérer un *amicus* à raison d’un taux fixé par ce tribunal.

[127] Suivant le principe constitutionnel fondamental qui se dégage de l’arrêt du Conseil privé *Auckland Harbour Board c. The King*, [1924] A.C. 318, seul le Parlement peut autoriser un paiement par prélèvement sur le Trésor : voir aussi la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 126; *Loi sur l’administration financière*, L.R.O. 1990, ch. F.12 (« *LAF* »), par. 11.1(1).

[128] Or, le principe de l’arrêt *Auckland Harbour* ne s’applique pas en l’espèce, car il a seulement pour effet de limiter le pouvoir de l’exécutif de dépenser sans l’autorisation du législateur. Mais comme le procureur général a le pouvoir de verser des fonds publics pour rémunérer l’*amicus curiae* dont le tarif n’est pas fixé par le tribunal, il a nécessairement le pouvoir de le faire lorsque le tarif de l’*amicus* est fixé par le tribunal.

[129] Sur le plan constitutionnel, les honoraires des *amici curiae* nommés en l’espèce peuvent être payés par le procureur général directement sur le Trésor par voie d’affectation permanente de crédits suivant la *LAF*.

[130] L’article 13 de la *LAF* dispose que « [l]orsque [. . .] la Couronne ou le lieutenant-gouverneur doivent prélever un paiement sur [l]es deniers [publics] afin d’exécuter [. . .] le jugement d’un tribunal [. . .] et qu’aucune autre disposition n’a été prise à cet égard, le paiement est fait sur le Trésor en vertu d’un mandat du lieutenant-gouverneur adressé au ministre des Finances ». Voir également la *Loi sur les instances*

has pre-approved the disbursement of funds for the purpose of satisfying court orders, there can be no violation of the *Auckland Harbour* principle.

[131] I note that s. 13 of the *FAA* does *not* itself grant courts the jurisdiction to order the Crown to expend money or remunerate *amici curiae*. Rather, this provision authorizes the executive branch to make payment once a valid court order is made and thus precludes the application of the *Auckland Harbour* principle.

IV

[132] Once a trial judge names and defines the role of an *amicus curiae* — with or without the assistance of the parties — a consensual approach ought to be favoured. This approach would invite the Attorney General and the *amicus* to meet and agree on the rate of remuneration and on the administration of the budget.

[133] Both parties should negotiate in good faith and with due regard for their respective obligations to the judicial process: Attorneys General should consider their duty to promote the sound administration of justice and *amici curiae* should keep in mind both the element of public service inherent in their role and the “privilege of belonging to a profession that is not simply a business”: *Ontario v. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), at para. 28.

[134] The provincial Attorney General and the *amicus* should be given a limited time to negotiate based upon the state of proceedings and the urgency of the appointment. In general, negotiations should be given as little time as is practicable. Any dispute regarding remuneration should be resolved expeditiously, in a manner that does not delay, much less derail, the proceedings. Moreover, the *amicus* should not be permitted to hold proceedings hostage by extending negotiations in order to secure more generous compensation.

introduites contre la Couronne, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 22. Puisque l’Assemblée législative a autorisé au préalable le versement de fonds aux fins d’exécuter les ordonnances judiciaires, il ne saurait y avoir violation du principe de l’arrêt *Auckland Harbour*.

[131] Je signale que l’art. 13 de la *LAF* lui-même *ne* confère *pas* au tribunal le pouvoir d’ordonner au ministère public d’engager des sommes ou de rémunérer un *amicus curiae*. Il autorise plutôt l’exécutif à effectuer le paiement une fois l’ordonnance judiciaire dûment rendue, ce qui écarte l’application du principe de l’arrêt *Auckland Harbour*.

IV

[132] Lorsque, avec ou sans le concours des parties, le juge du procès nomme un *amicus curiae* et définit son mandat, il y a lieu de favoriser la démarche consensuelle en invitant le procureur général et l’*amicus* à s’entendre sur le taux de rémunération de ce dernier et sur l’administration de son budget.

[133] Les deux parties doivent négocier de bonne foi en tenant dûment compte de leurs obligations respectives à l’égard de la procédure judiciaire. Le procureur général doit en effet garder présente à l’esprit son obligation de promouvoir la bonne administration de la justice, et l’*amicus curiae* ne doit perdre de vue ni la notion de service public inhérente à sa fonction, ni son [TRADUCTION] « privilège d’exercer une profession qui ne se résume pas à exploiter une entreprise » : *Ontario c. Figueroa* (2003), 64 O.R. (3d) 321 (C.A.), par. 28.

[134] Le délai de négociation accordé au procureur général provincial et à l’*amicus* devrait être limité selon le stade de l’instance et l’urgence de la nomination. En général, le délai doit être le plus court possible. Tout différend sur la rémunération doit être réglé rapidement de manière à ne pas retarder l’instance, voire la faire avorter. Qui plus est, l’*amicus* ne doit pas être en mesure de tenir le sort de l’instance entre ses mains et de prolonger les négociations afin d’obtenir une rémunération plus généreuse.

[135] If the Attorney General and the *amicus* cannot reach agreement, the trial judge should fix the rate of remuneration. The Attorney General then retains the option of either paying the fee or staying the proceedings.

[136] The ultimate choice of whether to proceed with the prosecution in light of the associated costs appropriately remains that of the Attorney General. The proper balance between prosecutorial discretion and the jurisdiction of the court is thus preserved. A *Rowbotham* order achieves that same result by a different and well-established route, which is not in issue here. As Iacobucci and Major JJ. explained in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 47:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution . . . do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis in original.]

[137] In fixing the rate of remuneration, the trial judge should take into account a number of considerations. I believe that the factors identified by the Ontario Court of Appeal in *Figueroa* in determining the rate of remuneration of an independent prosecutor are equally applicable in the case of an *amicus* appointment. Goudge J.A. set out these factors in *Figueroa*, at paras. 27-30:

In my view, a number of considerations should go into this task. While not exhaustive, that list includes the importance of the assignment undertaken, the legal complexity of the work to be done, the skill and

[135] Lorsque le procureur général et l'*amicus* ne parviennent pas à s'entendre, il appartient au juge du procès de déterminer la rémunération du second, auquel cas, le procureur général a toujours le choix de verser les honoraires ou de suspendre l'instance.

[136] La décision finale d'aller ou non de l'avant avec la poursuite à la lumière des frais engagés demeure à bon droit celle du procureur général. Le juste équilibre entre le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et la compétence du tribunal est ainsi maintenu. L'ordonnance de type *Rowbotham* permet d'arriver au même résultat par une voie différente et bien établie, mais elle n'est pas en cause en l'espèce. Comme l'expliquent les juges Iacobucci et Major dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 47 :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites [. . .] ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Souligné dans l'original.]

[137] Pour déterminer quelque rémunération, le juge du procès doit tenir compte d'un certain nombre de considérations. Je crois que celles relevées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Figueroa* pour le cas d'un avocat du secteur privé appelé à représenter la poursuite s'appliquent également dans le cas d'un *amicus*. Dans *Figueroa*, le juge Goudge énumère ces considérations (par. 27-30) :

[TRADUCTION] À mon avis, un certain nombre de considérations doivent être prises en compte à cette fin. Elles comprennent notamment l'importance du mandat, la complexité juridique du travail requis, la compétence

experience of counsel to be appointed and his or her normal rate charged to private sector clients. These considerations reflect the fact that, to some extent, this is a retainer like any other.

However, in several respects this is not a retainer like any other. First, the independent prosecutor is being asked by the court to serve the needs of the administration of justice. In my view, acting in the public interest in this way constitutes one manifestation of the professional responsibility that has characterized the legal profession at its best. To the extent that an independent prosecutor is performing such a public service, he or she ought not to expect to be remunerated at private sector rates. It is part of the privilege of belonging to a profession that is not simply a business.

Second, it must be remembered that the rate fixed for the independent prosecutor will be paid from public funds. In an age when there are so many pressing needs taxing that resource, I do not think that it should be used to pay at private sector rates.

Thus I would add these two considerations to the list. It is relevant to fixing a reasonable rate for the independent prosecutor that he or she is performing a public service paid for with public funds.

See also *R. v. White*, 2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374.

[138] The Attorney General of Ontario urges us to accept that the legal aid tariff constitutes a presumptively reasonable remuneration for an *amicus*. While the legal aid tariff should be taken into account as a guide, it is certainly not determinative: *White*.

[139] It must be recalled that *amici* are not bound by the legal aid regime. Their client is the court, not an indigent accused, and they are “not parties to that implicit agreement between the defence bar and the state through which, it appears, defence counsel have agreed to effectively contribute a portion of their services to ensure that the broadest number of indigent defendants are afforded the legal representation they could not otherwise retain”: *R. v. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII), at para. 11.

et l'expérience de l'avocat nommé et le tarif qu'il exige normalement de ses clients du secteur privé. Ces éléments indiquent dans une certaine mesure qu'il s'agit d'un mandat comme un autre.

Toutefois, sous certains rapports, il ne s'agit pas d'un mandat comme tout autre. Premièrement, le tribunal demande à son titulaire de répondre aux besoins de l'administration de la justice. À mon sens, agir ainsi dans l'intérêt public constitue l'une des manifestations de la responsabilité professionnelle qui sied le mieux à la profession juridique. L'avocat de la poursuite indépendante qui exécute un tel mandat public ne doit pas s'attendre à être rémunéré aux tarifs du secteur privé, ce qui fait partie du privilège d'exercer une profession qui ne se résume pas à exploiter une entreprise.

Deuxièmement, il faut se souvenir que la rémunération fixée pour l'avocat de la poursuite indépendante sera payée sur les deniers publics. À une époque où tant de besoins pressants grèvent les ressources, je ne crois pas qu'elles doivent servir à payer des services aux tarifs du secteur privé.

J'ajouterais donc ces deux considérations. Lorsqu'il s'agit de fixer un tarif raisonnable pour l'avocat de la poursuite indépendante, il convient de prendre en compte le fait qu'il exécute un mandat public et qu'il est rémunéré sur les deniers publics.

Voir aussi l'arrêt *R. c. White*, 2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374.

[138] Le procureur général de l'Ontario nous demande de faire droit à sa thèse voulant que la rémunération de l'*amicus* au tarif de l'aide juridique doive être tenue pour raisonnable. Certes, ce tarif doit être pris en compte à titre indicatif, mais il n'est certainement pas décisif : *White*.

[139] Rappelons que l'*amicus* n'est pas lié par le régime d'aide juridique. Son client est le tribunal, et non un accusé impécunieux, et il [TRADUCTION] « n'est pas partie à l'accord tacite entre les avocats de la défense, d'une part, et l'État, d'autre part, suivant lequel, apparemment, les premiers acceptent de faire don en partie de leurs services afin que le plus grand nombre de prévenus impécunieux qui, autrement, ne seraient pas représentés, aient droit aux services d'un avocat » : *R. c. Chemama*, 2008 ONCJ 140 (CanLII), par. 11.

[140] As mentioned earlier, I also favour a consensual approach to determining the manner in which an *amicus's* budget and payment is to be managed. A reasonable budget is necessary to enable the *amicus* to do that which is expected of him. In my respectful view, subject to the agreement of an *amicus*, it would be inappropriate to consign the administration of *amici's* budgets to Legal Aid. Legal Aid's expertise is in setting budgets for a person of modest means, which is not the applicable standard in the case of *amici* appointments.

V

[141] It has not been suggested — nor can it be — that an immoderate or unreasonable fee was set by the trial judges in any of the cases before us. In each instance, the fees fixed are substantially lower than the *amicus's* private practice rates and are virtually identical to the fees paid by the *Crown* to similarly qualified counsel retained as *ad hoc* prosecutors, or to represent witnesses in criminal cases, or pursuant to s. 684 of the *Criminal Code: Imona Russel #1*, at para. 49; *Figueroa; Chemama*, at para. 14.

[142] The trial judges exercised their jurisdiction appropriately in setting the rates of remuneration and in providing for the management of the *amici's* budgets. They committed no reviewable error of law in the exercise of their discretion.

VI

[143] For all of the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LEBEL, FISH, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

[140] Comme je l'indique précédemment, je préconise également une démarche consensuelle pour déterminer les modalités d'administration du budget de l'*amicus* et sa rémunération. Un budget d'un montant raisonnable s'impose afin que l'*amicus* puisse s'acquitter de son mandat. Soit dit en tout respect, sauf consentement de l'*amicus*, il est inopportun de confier l'administration de son budget à l'Aide juridique. Celle-ci établit le budget de représentation de personnes peu fortunées en appliquant des normes qui ne sauraient valoir à l'égard de l'*amicus*.

V

[141] Nul n'a prétendu — ni ne peut prétendre — que les juges ont, en l'espèce, fixé des honoraires exagérés ou déraisonnables. Dans chacune des affaires, les honoraires accordés sont sensiblement inférieurs à ceux exigés par l'*amicus* de ses clients du privé et presque identiques à ceux versés par le *ministère public* à des avocats aux qualifications équivalentes pour exercer la fonction de poursuivant *ad hoc* ou pour représenter un témoin dans un dossier criminel, ou encore, sur le fondement de l'art. 684 du *Code criminel : Imona Russel n° 1*, par. 49; *Figueroa; Chemana*, par. 14.

[142] Ils ont exercé leur compétence convenablement pour arrêter les taux de rémunération et les modalités de gestion des budgets des *amici*. Ils n'ont commis, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, aucune erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire.

VI

[143] Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, FISH, ABELLA et CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto; Louis P. Strezos & Associate, Toronto.

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

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 of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Advocates' Society: John Norris, Toronto.

Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Committee: Hiltz Szigeti, Toronto; Swandron Associates, Toronto; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto; Louis P. Strezos & Associate, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général 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 Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Advocates' Society : John Norris, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Hiltz Szigeti, Toronto; Swandron Associates, Toronto; Supreme Advocacy, Ottawa.

Marine Services International Limited and David Porter *Appellants*

v.

Estate of Joseph Ryan, by its Administratrix, Yvonne Ryan, Yvonne Ryan, in her own right, Stephen Ryan, a Minor, by his Guardian *ad litem*, Yvonne Ryan, Jennifer Ryan, a Minor, by her Guardian *ad litem*, Yvonne Ryan, Estate of David Ryan, by its Administratrix, Marilyn Ryan, Marilyn Ryan, in her own right, David Michael Ryan, a Minor, by his Guardian *ad litem*, Marilyn Ryan, J and Y Fisheries Inc. and D and M Fisheries Inc., bodies corporate, trading and operating as Ryan's Fisheries Partnership, Universal Marine Limited and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Board of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: MARINE SERVICES INTERNATIONAL LTD. v. RYAN ESTATE

2013 SCC 44

File No.: 34429.

2013: January 15; 2013: August 2.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

Marine Services International Limited et David Porter *Appelants*

c.

Succession de Joseph Ryan, représentée par son administratrice Yvonne Ryan, Yvonne Ryan, en son nom, Stephen Ryan, un mineur représenté par sa tutrice à l'instance Yvonne Ryan, Jennifer Ryan, une mineure représentée par sa tutrice à l'instance Yvonne Ryan, Succession de David Ryan, représentée par son administratrice Marilyn Ryan, Marilyn Ryan, en son nom, David Michael Ryan, un mineur représenté par sa tutrice à l'instance Marilyn Ryan, J and Y Fisheries Inc. et D and M Fisheries Inc., des personnes morales, faisant affaire sous la dénomination sociale Ryan's Fisheries Partnership, Universal Marine Limited et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Workplace Health, Safety and Compensation Commission et Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MARINE SERVICES INTERNATIONAL LTD. c. RYAN (SUCCESSION)

2013 CSC 44

N° du greffe : 34429.

2013 : 15 janvier; 2013 : 2 août.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Federal maritime legislation providing for action by dependants in case of death of person — Provincial workers' compensation legislation prohibiting actions in respect of injury against employer or worker if compensation payable — Fishermen dying in maritime accident — Dependants obtaining compensation under provincial workers' compensation scheme and bringing negligence action under federal maritime legislation — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable to federal maritime negligence claims by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Whether provincial legislation constitutionally inoperative in respect of federal maritime negligence claims by reason of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(10) — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 44 — Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 6(2).

Maritime law — Liability in tort — Statutory bar of action — Fishermen dying in maritime accident in the course of employment — Whether negligence action brought by dependants under federal maritime legislation prohibited by provincial workers' compensation legislation — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 44 — Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 6(2).

Workers' compensation — Statutory bar of action — Compensation legislation prohibiting actions against employer or worker in respect of injury if compensation payable — Fishermen dying in maritime accident in the course of employment — Dependants obtaining compensation and bringing negligence action — Whether death occurred otherwise than in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by the employer — Whether statutory bar applies — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 44.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Droit d'action conféré aux personnes à charge d'un défunt par une loi maritime fédérale — Action en dommage prohibée contre l'employeur ou un travailleur par une loi provinciale sur les accidents du travail si une indemnité est payable au titre de cette loi — Décès de pêcheurs lors d'un accident en mer — Action en négligence intentée en vertu de la loi maritime fédérale par des personnes à charge subséquemment au versement à ces dernières d'une indemnité en vertu du régime provincial d'indemnisation des accidents du travail — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable aux actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10) — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 44 — Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 6(2).

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Interdiction de poursuites prévue par la loi — Décès de pêcheurs lors d'un accident en mer dans l'exercice de leurs fonctions — La loi provinciale sur les accidents du travail interdit-elle aux personnes à charge d'intenter une action en négligence en vertu d'une loi maritime fédérale? — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 44 — Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 6(2).

Accidents du travail — Interdiction de poursuites prévue par la loi — Action en dommage prohibée contre l'employeur ou un travailleur par une loi provinciale sur les accidents du travail si une indemnité est payable au titre de cette loi — Décès de pêcheurs lors d'un accident en mer dans l'exercice de leurs fonctions — Action en négligence intentée par des personnes à charge subséquemment à l'obtention d'une indemnité — La mort est-elle survenue autrement que dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l'industrie à laquelle participe l'employeur? — L'interdiction légale de poursuites s'applique-t-elle? — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 44.

The Ryan brothers died when their ship, the *Ryan's Commander*, capsized while returning from a fishing expedition off the coast of Newfoundland and Labrador. Their widows and dependants (the "Ryan Estates") applied for and received compensation under Newfoundland and Labrador's *Workplace Health, Safety and Compensation Act* ("WHSCA"). In addition, proceeding under the federal *Maritime Liability Act* ("MLA"), the Ryan Estates commenced an action against Universal Marine Limited, Marine Services International Limited and its employee P, alleging negligence in the design and construction of the *Ryan's Commander*, as well as against the Attorney General of Canada, alleging negligence in the inspection of the vessel by Transport Canada. Marine Services and P applied to the Workplace Health, Safety and Compensation Commission for a determination of whether the action was prohibited by virtue of the statutory bar of action contained in s. 44 of the WHSCA. The Commission held that the action was statute barred by s. 44. On judicial review, the Supreme Court, Trial Division, overturned the decision of the Commission, holding that the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy applied and therefore that s. 44 must be read down to allow the action to proceed. The majority of the Court of Appeal upheld the trial judgment.

Held: The appeal should be allowed. Section 44 of the WHSCA is constitutionally applicable and operative.

The statutory bar at s. 44 of the WHSCA applies on the facts of this case. It does not only benefit an "employer" in a direct employment relationship with the injured worker. Any employer that contributes to the scheme and any worker of such an employer benefits from the statutory bar, as long as the worker was injured in the course of his or her employment and the injury occurred in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by the employer. In the case at bar, the Commission's finding that the injury that led to the death of the Ryan brothers occurred in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by Marine Services is entitled to deference. It is a question of mixed fact and law that the Commission answered by assessing the evidence and interpreting its home statute; moreover, the WHSCA contains a privative

Les frères Ryan ont perdu la vie lorsque leur bateau, le *Ryan's Commander*, a chaviré au retour d'une expédition de pêche au large des côtes de Terre-Neuve-et-Labrador. Leurs veuves et enfants à charge (les « successions Ryan ») ont demandé et reçu des indemnités au titre de la *Workplace Health, Safety and Compensation Act* (« WHSCA ») de Terre-Neuve-et-Labrador. En outre, s'appuyant sur la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (« LRMM ») du gouvernement fédéral, les successions Ryan ont intenté une action contre Universal Marine Limited, Marine Services International Limited et P, un employé de cette dernière, leur reprochant d'avoir fait montre de négligence dans la conception et la construction du *Ryan's Commander*, de même que contre le procureur général du Canada, pour le motif qu'il y aurait eu négligence de la part de Transports Canada dans l'inspection du bateau. Marine Services et P ont demandé à la Workplace Health, Safety and Compensation Commission de décider si l'action tombait sous le coup de l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 de la WHSCA. La Commission a statué que cette disposition avait pour effet de prohiber l'action. À l'issue d'un contrôle judiciaire, la Section de première instance de la Cour suprême a infirmé la décision de la Commission, concluant que les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale s'appliquent et qu'il faut donc donner une interprétation atténuée à l'art. 44, de façon que l'action puisse suivre son cours. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé le jugement de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'article 44 de la WHSCA est applicable et opérant du point de vue constitutionnel.

L'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 de la WHSCA est applicable au vu des faits de l'espèce. Elle ne bénéficie pas seulement à un « employeur » qui se trouve dans une relation d'emploi directe avec le travailleur blessé. Tout employeur contribuant au régime, ainsi que tout travailleur d'un tel employeur, bénéficie de l'interdiction légale de poursuites, pourvu que le travailleur ait été blessé dans le cours de ses fonctions et que les blessures soient survenues dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l'industrie à laquelle participe l'employeur. En l'espèce, il convient de faire montre de déférence envers la conclusion de la Commission suivant laquelle les blessures ayant entraîné la mort des frères Ryan sont survenues dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l'industrie à laquelle participe Marine

clause. In light of these factors, the standard of reasonableness applies.

Section 44 of the *WHSCA* is constitutionally applicable and operative and, as such, bars the action initiated by the Ryan Estates against Marine Services and P. The first step in the resolution of a constitutional issue involving the division of powers is an analysis of the “pith and substance” of the impugned legislation, which consists of an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the matter to which it essentially relates. Then, at the end of a pith and substance analysis, a court should consider interjurisdictional immunity only if there is prior case law favouring its application to the subject matter at hand, as is the case in this appeal. A two-pronged test must be met to trigger the application of this doctrine. The first step is to determine whether the impugned legislation trenches on the core of a head of power listed in ss. 91 or 92 of the *Constitution Act, 1867*. Then, if the impugned legislation trenches on the core of a head of power, the second step is to determine whether the encroachment is sufficiently serious. The impugned legislation must impair rather than just affect the core. When interjurisdictional immunity applies, the impugned law is simply inapplicable to the extra-jurisdictional matter.

Interjurisdictional immunity does not apply in the case at bar. The first prong of the test is met, but not the second. A provincial statute of general application, such as s. 44 of the *WHSCA*, cannot have the effect of indirectly regulating an issue of maritime negligence law, which is at the core of the federal power over navigation and shipping. By altering the range of claimants who may make use of the statutory maritime negligence action provided by s. 6(2) of the *MLA*, s. 44 of the *WHSCA* trenches on the core of the federal power over navigation and shipping. However, s. 44 of the *WHSCA* does not impair the exercise of the federal power over navigation and shipping. It may affect the exercise of that federal power, however, this level of intrusion is insufficient to trigger interjurisdictional immunity. The intrusion of s. 44 is not significant or serious when one considers the breadth of the federal power over navigation and shipping, the

Services. Il s’agit d’une question mixte de fait et de droit à laquelle la Commission a répondu en appréciant la preuve et en interprétant sa loi constitutive. De plus, la *WHSCA* renferme une clause privative. À la lumière de ces facteurs, la norme de la décision raisonnable s’applique.

L’article 44 de la *WHSCA* est applicable et opérant du point de vue constitutionnel et il fait donc obstacle à l’action introduite par les successions Ryan contre Marine Services et P. La résolution d’un différend constitutionnel concernant le partage des compétences requiert d’abord et avant tout l’analyse du « caractère véritable » du texte de loi contesté, laquelle consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d’identifier la matière sur laquelle elle porte essentiellement. Puis, au terme de l’analyse du caractère véritable, le tribunal ne doit généralement considérer la doctrine de l’exclusivité des compétences que s’il existe de la jurisprudence préconisant son application à l’objet du litige, comme c’est le cas dans le présent pourvoi. Il doit être satisfait à une analyse à deux volets pour que cette doctrine s’applique. La première étape consiste à se demander si la loi contestée empiète sur le cœur d’un chef de compétence énuméré à l’art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deuxièmement, si la loi contestée empiète sur le cœur d’un chef de compétence, il faut déterminer si cet empiètement est suffisamment grave. La loi contestée ne doit pas simplement toucher le cœur d’une compétence, elle doit l’entraver. Lorsque la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique, la loi contestée est tout simplement inapplicable à la question excédant la compétence législative conférée.

La doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’applique pas en l’espèce. Il est satisfait au premier volet de l’analyse, mais non au second. Une disposition législative provinciale d’application générale comme l’art. 44 de la *WHSCA* ne doit pas avoir pour effet de régler indirectement un aspect des règles de droit relatives à la négligence en matière maritime qui font partie du cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. En modifiant l’éventail des demandeurs susceptibles d’exercer le droit d’action pour négligence en matière maritime conféré par le par. 6(2) de la *LRMM*, l’art. 44 de la *WHSCA* empiète sur le cœur de la compétence fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires. Cependant, l’art. 44 de la *WHSCA* n’entrave pas l’exercice de cette compétence fédérale. Il peut toucher l’exercice de cette compétence fédérale, mais ce degré d’empiètement ne suffit pas pour que

absence of impact on the uniformity of Canadian maritime law, and the historical application of workers' compensation schemes in the maritime context.

The doctrine of federal paramountcy does not apply in this case either, under a proper interpretation of the *MLA*. According to this doctrine, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation, the federal legislation must prevail and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent of the incompatibility. Federal paramountcy applies where there is an inconsistency between a valid federal legislative enactment and a valid provincial legislative enactment, but not between a common law rule and a valid provincial law. Inconsistency can arise from two different forms of conflict: the operational conflict, when compliance with one statute means a violation of the other statute, and the frustration of federal purpose. The standard for invalidating provincial legislation on the basis of frustration of federal purpose is high.

Section 6(2) of the *MLA* provides a cause of action to the dependants of a person who dies by the fault or negligence of others in a maritime law context that is to be adjudicated under Canadian maritime law. However, it makes room for the operation of provincial workers' compensation schemes. The *WHSCA* and the *MLA* can operate side by side without conflict. Section 6(2) of the *MLA* provides that a dependant may bring a claim "under circumstances that would have entitled the person, if not deceased, to recover damages". This language suggests that there are situations where a dependant is not allowed to bring an action pursuant to s. 6(2) of the *MLA*. Such a situation occurs where a statutory provision, such as s. 44 of the *WHSCA*, prohibits litigation because compensation has already been awarded under a workers' compensation scheme. The statutory bar in s. 44 of the *WHSCA* removes compensation for workplace injury from the tort system, of which the *MLA* is a part. As such, for the purposes of s. 6(2) of the *MLA*, a deceased worker whose dependants are entitled to compensation under the *WHSCA* is a person who died under circumstances that would not have entitled the worker to recover damages if he or she had lived. The *WHSCA*, which establishes a no-fault regime to compensate for workplace-related injury, does

s'applique la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'empiètement causé par l'art. 44 ne saurait être considéré important ou grave si l'on tient compte de l'étendue de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, de l'absence de répercussions sur l'uniformité du droit maritime canadien et de l'application de longue date des régimes d'indemnisation des accidents du travail dans le secteur maritime.

Suivant l'interprétation qu'il convient de donner à la *LRMM*, la doctrine de la prépondérance fédérale ne s'applique pas non plus à la présente affaire. Selon cette doctrine, lorsque les effets d'une loi provinciale sont incompatibles avec une loi fédérale, la seconde doit prévaloir et la loi provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine de la prépondérance fédérale s'applique lorsqu'il existe une incompatibilité entre un texte de loi fédéral valide et un texte de loi provincial lui aussi valide, mais non en cas d'incompatibilité entre une règle de common law et une loi provinciale valide. L'incompatibilité peut résulter de deux formes différentes de conflit : le conflit d'application, à savoir lorsque l'observation d'une loi entraîne la violation de l'autre; et l'entrave à la réalisation d'un objectif fédéral. La norme d'invalidation d'une loi provinciale au motif qu'elle entrave la réalisation d'un objectif fédéral est élevée.

Le paragraphe 6(2) de la *LRMM* confère une cause d'action aux personnes à la charge d'une personne qui, en raison de la faute ou de la négligence d'autrui, a perdu la vie dans un accident de navigation assujéti au droit maritime canadien. Cependant, le par. 6(2) ne fait pas obstacle à l'application de régimes provinciaux d'indemnisation des accidents du travail. La *WHSCA* et la *LRMM* peuvent coexister sans conflit. Le paragraphe 6(2) de la *LRMM* précise que les personnes à charge peuvent intenter une action « dans des circonstances qui, si le décès n'en était pas résulté, [. . .] auraient donné [à la victime] le droit de réclamer des dommages-intérêts ». Ce texte tend à indiquer qu'il existe des situations où une personne à charge n'est pas autorisée à intenter une action en vertu du par. 6(2) de la *LRMM*. C'est le cas lorsqu'une disposition législative — tel l'art. 44 de la *WHSCA* — interdit les poursuites au motif qu'une indemnité a déjà été versée au titre d'un régime d'indemnisation des accidents du travail. L'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 de la *WHSCA* exclut l'indemnisation des accidents du travail du champ d'application du régime de la responsabilité délictuelle, régime dont fait partie la *LRMM*. Dans ces circonstances, un travailleur décédé dont les personnes à charge ont

not frustrate the purpose of s. 6(2) of the *MLA*, which was enacted to expand the range of claimants who could start an action in maritime negligence law. The *WHSCA* simply provides for a different regime for compensation that is distinct and separate from tort.

droit à une indemnité sous le régime de la *WHSCA* constitue, pour l'application du par. 6(2) de la *LRMM*, une personne ayant perdu la vie dans des circonstances qui ne lui auraient pas donné le droit de réclamer des dommages-intérêts si elle avait survécu. La *WHSCA*, qui établit un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité pour les accidents du travail, n'entrave pas la réalisation de l'objectif du par. 6(2) de la *LRMM* qui a été édicté en vue d'élargir la catégorie des personnes admises à intenter une action en négligence fondée sur le droit maritime. La *WHSCA* instaure tout simplement un régime d'indemnisation distinct du droit de la responsabilité délictuelle.

Cases Cited

Referred to: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Tessier Ltée v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Reference re: Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, ss. 32, 34 (1987), 44 D.L.R. (4th) 501; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 S.C.R. 498; *Société canadienne des postes v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1999] R.J.Q. 957; *Société canadienne des postes v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1996] R.J.Q. 873; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Québec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. v. Bruneau*, [1924] S.C.R. 168; *Bonavista Cold Storage Co. v. Walters* (1959), 20 D.L.R. (2d) 744; *Paré v. Rail & Water Terminal (Québec) Inc.*, [1978] 1 F.C. 23; *Laboucane v. Brooks*, 2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of*

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Reference re : Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, ss. 32, 34 (1987), 44 D.L.R. (4th) 501; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498; *Société canadienne des postes c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1999] R.J.Q. 957; *Société canadienne des postes c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1996] R.J.Q. 873; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *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; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; *Montreal City c. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. c. Bruneau*, [1924] R.C.S. 168; *Bonavista Cold Storage Co. c. Walters* (1959), 20 D.L.R. (2d) 744; *Paré c. Rail & Water Terminal (Québec) Inc.*, [1978] 1 C.F. 23; *Laboucane c. Brooks*, 2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20; *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Multiple*

Montreal v. Hall, [1990] 1 S.C.R. 121; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *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; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Workers' Compensation Appeal Board v. Penney* (1980), 38 N.S.R. (2d) 623; *Ferneyhough v. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)*, 2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76; *Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) v. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504.

Statutes and Regulations Cited

Canada Shipping Act, R.S.C. 1985, c. S-9.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Fatal Accidents Act, 1846 (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93.
Government Employees Compensation Act, R.S.C. 1985, c. G-5, ss. 2 “employee”, 3(1), 9(1), 12.
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, ss. 4, 5, 6, 6(2).
Merchant Seamen Compensation Act, R.S.C. 1985, c. M-6, ss. 2(1) “employer”, “seaman”, 5(a), 8, 13, 24(1), (5), 30(1).
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11, ss. 2, 19, 38(1), 43(1), 44, 45(1), 46, 97, 99.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Welsh and Rowe J.J.A.), 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1, 958 A.P.R. 1, 238 C.R.R. (2d) 160, 351 D.L.R. (4th) 666, [2011] N.J. No. 207 (QL), 2011 CarswellNfld 200, affirming a decision of

Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *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; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Workers' Compensation Appeal Board c. Penney* (1980), 38 N.S.R. (2d) 623; *Ferneyhough c. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)*, 2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76; *Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) c. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504.

Lois et règlements cités

Fatal Accidents Act, 1846 (R.-U.), 9 & 10 Vict., ch. 93.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. 1985, ch. G-5, art. 2 « agents de l'État », 3(1), 9(1), 12.
Loi sur l'indemnisation des marins marchands, L.R.C. 1985, ch. M-6, art. 2(1) « employeur », « marin », 5a), 8, 13, 24(1), (5), 30(1).
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-9.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 4, 5, 6, 6(2).
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 2, 19, 38(1), 43(1), 44, 45(1), 46, 97, 99.

Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Welsh et Rowe), 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1, 958 A.P.R. 1, 238 C.R.R. (2d) 160, 351 D.L.R. (4th) 666, [2011] N.J. No. 207 (QL), 2011 CarswellNfld 200, qui a confirmé une

Hall J., 2009 NLTD 120, 289 Nfld. & P.E.I.R. 198, 890 A.P.R. 198, 99 Admin. L.R. (4th) 308, [2009] N.J. No. 204 (QL), 2009 CarswellNfld 197. Appeal allowed.

Peter O’Flaherty and Brodie Gallant, for the appellants.

Corwin Mills, Q.C., Joseph Twyne and Benjamin Piper, for the respondents the Estate of Joseph Ryan et al.

Peter Southey and Christine Mohr, for the respondent the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz and Michael S. Dunn, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Nancy E. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Rolf Pritchard, Q.C., for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Jamie Martin, for the intervener the Workplace Health, Safety and Compensation Commission.

Scott A. Nielsen and Laurel Courtenay, for the intervener the Workers’ Compensation Board of British Columbia.

No one appeared for the respondent Universal Marine Limited.

No one appeared for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND KARAKATSANIS JJ. —

I. Introduction and Overview

[1] The sea took the lives of two fishermen off the coast of Newfoundland and Labrador. Their estates sought compensation in tort from parties allegedly responsible for their death. This appeal raises the

décision du juge Hall, 2009 NLTD 120, 289 Nfld. & P.E.I.R. 198, 890 A.P.R. 198, 99 Admin. L.R. (4th) 308, [2009] N.J. No. 204 (QL), 2009 CarswellNfld 197. Pourvoi accueilli.

Peter O’Flaherty et Brodie Gallant, pour les appelants.

Corwin Mills, c.r., Joseph Twyne et Benjamin Piper, pour les intimés la Succession de Joseph Ryan et autres.

Peter Southey et Christine Mohr, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Hart Schwartz et Michael S. Dunn, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Nancy E. Brown, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Rolf Pritchard, c.r., pour l’intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Jamie Martin, pour l’intervenante Workplace Health, Safety and Compensation Commission.

Scott A. Nielsen et Laurel Courtenay, pour l’intervenante Workers’ Compensation Board de la Colombie-Britannique.

Personne n’a comparu pour l’intimée Universal Marine Limited.

Personne n’a comparu pour l’intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET KARAKATSANIS —

I. Introduction et aperçu

[1] Deux pêcheurs ont perdu la vie au large des côtes de Terre-Neuve-et-Labrador. Leurs successions ont réclamé aux parties auxquelles elles imputent le décès des pêcheurs une indemnisation

issue of whether the statutory bar of action in s. 44 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11 (“*WHSCA*”), applies and bars a negligence action initiated under s. 6(2) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (“*MLA*”). The widows and dependants of the deceased fishermen commenced the action after having received compensation under the *WHSCA*.

[2] The majority of the Court of Appeal found that the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA* was inapplicable due to interjurisdictional immunity and inoperative by virtue of federal paramountcy.

[3] We would allow the appeal. Section 44 of the *WHSCA* applies and it is both constitutionally applicable and operative. The negligence action is therefore dismissed.

II. Background Facts

[4] Joseph and David Ryan (the “Ryan brothers”) tragically died on September 19, 2004, when their ship, the *Ryan’s Commander*, capsized while returning from a fishing expedition off the coast of Newfoundland and Labrador. Their widows and dependants (the “Ryan Estates”) applied for and received compensation under the *WHSCA*.

[5] Proceeding under the *MLA*, the Ryan Estates also commenced an action in 2006 against Universal Marine Limited (“Universal Marine”), Marine Services International Limited (“Marine Services”) and its employee David Porter, alleging negligence in the design and construction of the *Ryan’s Commander*, which had been commissioned by the Ryan brothers in 2003. The action was also brought against the Attorney General of Canada, alleging negligence in the inspection of the vessel by Transport Canada. If the negligence action were to succeed, the Ryan Estates have indicated that

fondée sur la responsabilité délictuelle. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l’interdiction légale de poursuites prévue à l’art. 44 de la loi intitulée *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, ch. W-11 (« *WHSCA* »), s’applique et fait obstacle à l’introduction d’une action en négligence en vertu du par. 6(2) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (« *LRMM* »). Les veuves et les enfants à la charge des pêcheurs décédés ont intenté une telle action après avoir reçu les indemnités pour accident du travail payables au titre de la *WHSCA*.

[2] La Cour d’appel, à la majorité, a conclu que l’interdiction légale de poursuites prévue à l’art. 44 de la *WHSCA* était inapplicable en raison de la doctrine de l’exclusivité des compétences et inopérante par application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales ou prépondérance fédérale.

[3] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi. L’article 44 de la *WHSCA* s’applique et il est à la fois applicable et opérant sur le plan constitutionnel. L’action en négligence doit donc être rejetée.

II. Contexte factuel

[4] Deux frères, Joseph et David Ryan (les « frères Ryan »), ont tragiquement perdu la vie le 19 septembre 2004, lorsque leur bateau, le *Ryan’s Commander*, a chaviré au retour d’une expédition de pêche au large des côtes de Terre-Neuve-et-Labrador. Les veuves et les enfants à la charge des frères Ryan (les « successions Ryan ») ont demandé et reçu des indemnités au titre de la *WHSCA*.

[5] S’appuyant sur la *LRMM*, les successions Ryan ont également intenté, en 2006, une action contre Universal Marine Limited (« Universal Marine »), Marine Services International Limited (« Marine Services ») et David Porter, un employé de cette dernière, leur reprochant d’avoir fait montre de négligence dans la conception et la construction du *Ryan’s Commander*, que les frères Ryan avaient commandé en 2003. L’action visait également le procureur général du Canada, pour le motif qu’il y aurait eu négligence de la part de Transports Canada dans l’inspection du bateau. Les successions Ryan

the Workplace Health, Safety and Compensation Commission (the “Commission”) would seek repayment of the compensation received by the Ryan Estates under the *WHSCA*.

[6] Marine Services and Mr. Porter applied to the Commission under s. 46 of the *WHSCA* for a determination of whether the Ryan Estates’ action is prohibited by virtue of the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA*. The Commission held that the action was statute barred by s. 44. According to the Commission, the *WHSCA* applied because the Ryan brothers had died in the course of their employment, and Universal Marine, Marine Services, and the Attorney General of Canada were “employers” and David Porter was a “worker” within the meaning of s. 2 of the *WHSCA*. The Commission concluded that the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy did not apply.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Trial Division (Hall J.), 2009 NLTD 120, 289 Nfld. & P.E.I.R. 198*

[7] On judicial review, Hall J. overturned the decision of the Commission. He determined that the *WHSCA* is, in pith and substance, an insurance scheme. He also held that liability in the marine context falls within the exclusive federal jurisdiction over “Navigation and Shipping” under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. He found that the right to make a claim under the *MLA* is a core feature of that federal power.

[8] Hall J. held that interjurisdictional immunity applied. In his opinion, the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA* impaired the right to make a claim under the *MLA*, which belongs to the core of the federal power over navigation and shipping. He

ont indiqué que, si leur action en négligence était accueillie, la Workplace Health, Safety and Compensation Commission (la « Commission ») solliciterait le remboursement des indemnités qu’elles ont reçues en application de la *WHSCA*.

[6] Marine Services et M. Porter ont demandé à la Commission, en vertu de l’art. 46 de la *WHSCA*, de décider si l’action des successions Ryan tombait sous le coup de l’interdiction légale de poursuites prévue à l’art. 44 de cette même loi. La Commission a conclu que cette disposition avait pour effet de prohiber l’action. Selon elle, la *WHSCA* s’appliquait, parce que les frères Ryan avaient perdu la vie dans l’exercice de leurs fonctions, et parce que Universal Marine, Marine Services et le procureur général du Canada sont des [TRADUCTION] « employeurs » et David Porter un « travailleur » au sens de l’art. 2 de cette loi. La Commission a statué que les doctrines constitutionnelles de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne s’appliquaient pas.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Section de première instance (le juge Hall), 2009 NLTD 120, 289 Nfld. & P.E.I.R. 198*

[7] À l’issue d’un contrôle judiciaire, le juge Hall a infirmé la décision de la Commission. Il a statué que la *WHSCA* était, de par son caractère véritable, un régime d’assurance. Il a également jugé que la responsabilité en matière maritime relevait de la compétence exclusive du gouvernement fédéral sur « [l]a navigation et les bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De l’avis du juge Hall, le droit de présenter une réclamation sous le régime de la *LRMM* constitue une caractéristique essentielle de cette compétence fédérale.

[8] Le juge Hall a conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences s’appliquait. Selon lui, l’interdiction légale de poursuites édictée à l’art. 44 de la *WHSCA* porte atteinte au droit de présenter une réclamation en vertu de la *LRMM*,

therefore concluded that s. 44 must be read down so as not to bar the action initiated by the Ryan Estates.

[9] Hall J. also determined that federal paramountcy applied because the Ryan Estates could not comply with both the *MLA* and the *WHSCA*. This conflict required that s. 44 of the *WHSCA* be read down to allow the action of the Ryan Estates to proceed. At the judicial review hearing, the parties agreed that the Attorney General of Canada was not an employer under the *WHSCA*.

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Welsh and Rowe J.J.A.), 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1*

[10] The majority of the Court of Appeal upheld the trial judgment. It noted that Parliament and the legislature chose to enact “two fundamentally different legal regimes dealing with compensation for injury and death, and [that] these two regimes appear to overlap in their application to claims arising out of workplace injuries in a marine environment” (para. 54). It also noted that the *MLA* adopts a fault-based approach, whereas the *WHSCA* establishes a no-fault insurance scheme.

[11] The majority held that the *WHSCA* is a valid exercise of the provincial power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. However, interjurisdictional immunity applied because s. 44 of the *WHSCA* trenches on maritime negligence law, which sits at the core of the federal power over navigation and shipping: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437. Since s. 44 of the *WHSCA* purports to bar an action based

qui est au cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Il a donc jugé que l’art. 44 devait recevoir une interprétation atténuée, qui ne fasse pas obstacle à l’action introduite par les successions Ryan.

[9] Le juge Hall a également conclu à l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale, au motif que les successions Ryan ne pouvaient se conformer à la fois à la *LRMM* et à la *WHSCA*. Ce conflit commandait donc une interprétation atténuée de l’art. 44, de façon que l’action des successions Ryan puisse suivre son cours. Par ailleurs, lors de l’audience tenue dans le cadre de ce contrôle judiciaire, les parties ont reconnu que le procureur général du Canada n’était pas un employeur au sens de la *WHSCA*.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d’appel (le juge en chef Green et les juges Welsh et Rowe), 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1*

[10] La Cour d’appel, à la majorité, a confirmé le jugement de première instance. Elle a souligné que le Parlement et la législature ont choisi d’établir [TRADUCTION] « deux régimes légaux fondamentalement différents en matière d’indemnisation des blessures et décès, et [que] ces deux régimes semblent se chevaucher en cas de demandes découlant de blessures subies en milieu de travail maritime » (par. 54). La majorité a également souligné que la *LRMM* prévoit une approche fondée sur la faute, alors que la *WHSCA* institue un régime d’assurance sans égard à la responsabilité.

[11] Les juges majoritaires ont statué que la *WHSCA* résulte de l’exercice valide par la province de son pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils prévu au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, ils ont conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique, étant donné que l’art. 44 de la *WHSCA* empiète sur les règles de droit maritime relatives à la négligence, qui font partie du contenu essentiel

on maritime negligence law, it impairs the core of that federal power.

[12] The majority also concluded that federal paramountcy applied. It explained that an operational conflict arose between the *MLA* and the *WHSCA* because a maritime claimant who is subject to the *WHSCA* could bring an action under the *MLA*. The majority held that the words “circumstances that would have entitled the person, if not deceased, to recover damages” in s. 6(2) of the *MLA* cannot reasonably be interpreted as allowing provincial workers’ compensation legislation to determine the scope of the right to access the federal maritime tort regime. Even if dual compliance was possible, the operation of s. 44 frustrated the purpose of the *MLA* by denying access to the federal maritime tort regime to the dependants of persons who die in maritime incidents.

[13] In dissent, Welsh J.A. concluded that federal paramountcy did not apply. She was of the view that no operational conflict arose between s. 6(2) of the *MLA* and s. 44 of the *WHSCA*. In her opinion, while the latter takes away the right of the deceased person to sue to recover damages, the former simply says that the dependants “may” start an action “under circumstances” where the deceased would have been entitled to do so. She explained that a liberal interpretation of the *MLA* allows for dependants of a deceased person to start an action unless, in the circumstances, an action to recover damages is not available for a statutory reason. Such a statutory reason exists in this case, as the entitlement to compensation under the *WHSCA* precludes the deceased’s entitlement to sue. This interpretation permits compliance with both statutes. Furthermore, she was of the view that the fact that s. 44 of the *WHSCA*

de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437. Comme l’art. 44 de la *WHSCA* vise à faire obstacle à l’introduction d’une action fondée sur ces règles, il porte atteinte au contenu essentiel de cette compétence fédérale.

[12] Les juges de la majorité ont aussi conclu à l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Il existe, ont-ils expliqué, un conflit d’application entre la *LRMM* et la *WHSCA*, car, dans les cas où l’auteur d’une demande d’indemnisation en matière maritime est assujéti à la *WHSCA*, ce demandeur pourrait tenter une action en vertu de la *LRMM*. Selon les juges majoritaires, on ne saurait raisonnablement considérer que les mots figurant au par. 6(2) de la *LRMM* (« circonstances qui, si le décès n’en était pas résulté, lui auraient donné le droit de réclamer des dommages-intérêts ») ont pour effet de permettre qu’une loi provinciale sur les accidents du travail détermine la portée du droit de recourir au régime fédéral de responsabilité délictuelle en matière maritime. De plus, même s’il était possible de se conformer aux deux textes de loi, l’application de l’art. 44 entrave la réalisation de l’objectif de la *LRMM* en privant les personnes à la charge d’une personne ayant perdu la vie dans un accident de navigation de la possibilité de se prévaloir du régime fédéral.

[13] Pour sa part, la juge Welsh, dissidente, a conclu que la doctrine de la prépondérance fédérale ne s’appliquait pas. Il n’existe, selon elle, aucun conflit d’application entre le par. 6(2) de la *LRMM* et l’art. 44 de la *WHSCA*. À son avis, bien que la seconde disposition supprime le droit du défunt d’intenter une poursuite en dommages-intérêts, la première indique simplement que les personnes à charge « peuvent » tenter une action « dans des circonstances » où le défunt aurait été autorisé à le faire. Elle a expliqué qu’une interprétation libérale de la *LRMM* permet à ces personnes d’intenter une action, sauf si, eu égard aux circonstances, un motif établi par la loi interdit d’intenter une action en dommages-intérêts. Or, un tel motif existe en l’espèce, car le droit à indemnisation prévu par le régime de la *WHSCA* fait obstacle au droit du défunt d’ester en justice. Cette interprétation permet

restricts the scope of the right granted under s. 6(2) of the *MLA* is not sufficient to establish the frustration of a federal purpose.

[14] Welsh J.A. also held that interjurisdictional immunity did not apply because s. 44 of the *WHSCA* does not trench on the core of the federal power over navigation and shipping. She determined that the *WHSCA* is a workers' compensation scheme which does not engage issues of negligence. As such, the rationale underlying this Court's determination in *Ordon*, i.e. that maritime negligence law is a core element of federal jurisdiction over navigation and shipping, does not apply to workers' compensation legislation.

IV. Analysis

A. *Issues*

[15] In this appeal, two issues must be addressed. First, does s. 44 of the *WHSCA* apply on the facts of this case? Second, if s. 44 applies, is it constitutionally applicable and operative? Regarding the second issue, the Chief Justice formulated two constitutional questions:

1. Is s. 44 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11, constitutionally inoperative in respect of federal maritime negligence claims made pursuant to s. 6 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, by reason of the doctrine of federal paramountcy?
2. Is s. 44 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11, constitutionally inapplicable to federal maritime negligence claims made pursuant to s. 6 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?

aux intéressés de se conformer aux deux lois. Par ailleurs, le fait que l'art. 44 de la *WHSCA* restreigne la portée du droit conféré au par. 6(2) de la *LRMM* ne suffit pas, selon la juge, pour établir l'existence d'une entrave à la réalisation d'un objectif fédéral.

[14] La juge Welsh a ajouté que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas, parce que l'art. 44 de la *WHSCA* n'empiète pas sur le contenu essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Elle a statué que la *WHSCA* constitue un régime d'indemnisation des accidents du travail qui ne s'attache pas aux questions de négligence. Pour cette raison, le raisonnement à la base de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Ordon* — à savoir que les règles de droit maritime relatives à la négligence représentent un élément essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires — ne s'applique pas aux lois sur les accidents du travail.

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[15] Le présent pourvoi soulève deux aspects. Premièrement, l'art. 44 de la *WHSCA* s'applique-t-il eu égard aux faits de l'espèce? Deuxièmement, si l'art. 44 s'applique, est-il, sur le plan constitutionnel, applicable et opérant? Relativement au deuxième aspect, la Juge en chef a formulé deux questions constitutionnelles :

1. Est-ce que l'art. 44 de la loi intitulée *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, est inopérant du point de vue constitutionnel, en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral qui sont présentées en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6?
2. Est-ce que l'art. 44 de la loi intitulée *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, est inapplicable du point de vue constitutionnel, en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral qui sont présentées en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6?

B. *Relevant Legislative Provisions*

[16] Two legislative provisions are relevant to this appeal: s. 44 of the *WHSCA* and s. 6(2) of the *MLA*. Section 44 of the *WHSCA* provides as follows:

44. (1) The right to compensation provided by this Act is instead of rights and rights of action, statutory or otherwise, to which a worker or his or her dependents are entitled against an employer or a worker because of an injury in respect of which compensation is payable or which arises in the course of the worker's employment.

(2) A worker, his or her personal representative, his or her dependents or the employer of the worker has no right of action in respect of an injury against an employer or against a worker of that employer unless the injury occurred otherwise than in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by the employer.

(3) An action does not lie for the recovery of compensation under this Act and claims for compensation shall be determined by the commission.

[17] Section 6(2) of the *MLA* provides as follows:

6. . . .

(2) If a person dies by the fault or neglect of another under circumstances that would have entitled the person, if not deceased, to recover damages, the dependents of the deceased person may maintain an action in a court of competent jurisdiction for their loss resulting from the death against the person from whom the deceased person would have been entitled to recover.

C. *Positions of the Parties*

(1) Application of Section 44 of the *WHSCA*

[18] The first issue is the interpretation of the *WHSCA* and the determination of its scope of application. Only the Ryan Estates address this issue in their factum before this Court. However, the issue was discussed at length at the hearing. The appellants submit that s. 44 of the *WHSCA* applies and

B. *Dispositions législatives pertinentes*

[16] Deux dispositions législatives sont pertinentes en l'espèce : l'art. 44 de la *WHSCA* et le par. 6(2) de la *LRMM*. L'article 44 de la *WHSCA* est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

44. (1) Le droit à l'indemnité prévue par la présente loi remplace les droits et droits d'action, d'origine législative ou autre, qu'ont le travailleur ou les personnes à sa charge contre un employeur ou un travailleur en raison de blessures à l'égard desquelles une indemnité est payable ou que subit le travailleur dans le cours de ses fonctions.

(2) Le travailleur, son représentant personnel, les personnes à sa charge et son employeur ne disposent d'aucun droit d'action pour cause de blessures contre un employeur ou un travailleur de ce dernier, sauf si les blessures sont survenues autrement que dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l'industrie à laquelle participe l'employeur.

(3) Aucune action ne peut être intentée pour obtenir l'indemnité prévue par la présente loi. Les demandes d'indemnité sont tranchées par la Commission.

[17] Le paragraphe 6(2) de la *LRMM* est rédigé comme suit :

6. . . .

(2) Lorsqu'une personne décède par suite de la faute ou de la négligence d'autrui dans des circonstances qui, si le décès n'en était pas résulté, lui auraient donné le droit de réclamer des dommages-intérêts, les personnes à sa charge peuvent saisir le tribunal compétent d'une telle réclamation.

C. *Thèses des parties*

(1) Application de l'art. 44 de la *WHSCA*

[18] La première étape consiste à interpréter la *WHSCA* et à délimiter son champ d'application. Bien que seules les successions Ryan traitent de cet aspect dans leur mémoire, il a toutefois été débattu en profondeur lors de l'audience. Les appelants soutiennent que l'art. 44 de la *WHSCA* s'applique

bars the action initiated by the Ryan Estates for the reasons stated by the Commission: the appellants are subject to the *WHSCA*, the Ryan brothers were injured in the course of their employment, and “the injury occurred . . . in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by” Marine Services. The Ryan Estates respond that s. 44 does not apply because the Ryan brothers were not employed by Marine Services at the time of the accident that caused their death. The Attorney General of Canada made no submissions on this issue.

(2) Constitutional Applicability and Operability of Section 44 of the *WHSCA*

(i) *Interjurisdictional Immunity*

[19] Assuming that s. 44 applies, the parties then address the second issue: the constitutional applicability and operability of s. 44. The appellants submit that the doctrine of interjurisdictional immunity is not engaged. The statutory bar in the *WHSCA* applies only to employers and workers in one province. It does not impair the uniformity of Canadian maritime law. Canadian law has long recognized the application of provincial workers’ compensation legislation in the maritime context. The Court of Appeal erred in its application of this Court’s decision in *Ordon*. The judgment of our Court held that maritime negligence law is at the core of the federal power over navigation and shipping and that it is constitutionally impermissible for a provincial statute of general application to indirectly regulate maritime negligence law issues. But, unlike *Ordon*, this case concerns the nature of the civil rights as between provincial employers and workers. Federal jurisdiction over navigation and shipping is not engaged and should not preclude the operation of provincial workers’ compensation schemes in maritime industries.

et rend irrecevable l’action introduite par les successions Ryan pour les motifs exprimés par la Commission : les appelants sont assujettis à la *WHSCA*, les frères Ryan ont été blessés dans le cours de leurs fonctions et il s’agit de « blessures [. . .] survenues [. . .] dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l’industrie à laquelle participe » Marine Services. Quant aux successions Ryan, elles répondent que l’art. 44 ne s’applique pas, parce que les frères Ryan ne travaillaient pas pour Marine Services au moment de l’accident ayant entraîné leur décès. Enfin, le procureur général du Canada n’a présenté aucune observation sur ce point.

(2) Applicabilité et opérabilité de l’art. 44 de la *WHSCA* sur le plan constitutionnel

(i) *Exclusivité des compétences*

[19] Tenant pour acquis que l’art. 44 s’applique, les parties se penchent ensuite sur le deuxième aspect, à savoir l’applicabilité et l’opérabilité de l’art. 44 sur le plan constitutionnel. Les appelants soutiennent que la doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’applique pas. L’interdiction légale de poursuites prévue par la *WHSCA* s’applique uniquement aux employeurs et aux travailleurs de la province concernée. Elle ne rompt pas l’uniformité du droit maritime canadien. Le droit canadien reconnaît depuis longtemps l’application des lois provinciales aux accidents du travail dans le domaine maritime. La Cour d’appel aurait commis une erreur dans son application de l’arrêt *Ordon* de notre Cour. En effet, cet arrêt a établi que les règles de droit maritime relatives à la négligence appartiennent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, et qu’il est inacceptable, sur le plan constitutionnel, qu’une loi provinciale de portée générale régleme indirectement des questions touchant ces règles de droit. Toutefois, contrairement à l’affaire *Ordon*, il est question en l’espèce de la nature des droits civils entre employeurs et travailleurs provinciaux. La compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires n’est pas en cause et ne devrait pas faire obstacle à l’application des régimes provinciaux d’indemnisation des accidents du travail dans les industries maritimes.

[20] The Ryan Estates say that the doctrine of interjurisdictional immunity is triggered. Maritime negligence law belongs to the core of the federal competence over navigation and shipping. The *WHSCA* indirectly regulates maritime negligence law by eliminating recourse to a statutory maritime negligence action. Eliminating access to the right of the action provided by s. 6(2) of the *MLA* seriously impairs this core and triggers the application of the doctrine of interjurisdictional immunity.

[21] The Attorney General of Canada also submits that interjurisdictional immunity applies. Maritime negligence law, which is part of the core of federal jurisdiction over navigation and shipping, includes the rules relating to who can be compensated for death and injury resulting from a maritime accident. The statutory bar in s. 44 of the *WHSCA* sterilizes the right of dependants to sue for wrongful death pursuant to s. 6(2) of the *MLA*. There is no higher form of impairment.

(ii) *Federal Paramountcy*

[22] The parties also address the other constitutional issue, the application of the doctrine of federal paramountcy. The appellants argue that paramountcy does not apply. The federal and provincial statutes can operate together without conflict because there is no right to make a claim pursuant to s. 6(2) of the *MLA* where a fatality occurs “under circumstances” that deny to the deceased person the right to recover damages under the general liability regime (for example where, as here, litigation is barred by a provincial workers’ compensation scheme). Moreover, the fact that the provincial statute limits the scope of the right under s. 6(2) of the *MLA* does not frustrate a federal purpose.

[20] Les successions Ryan prétendent au contraire que la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique. Selon elles, les règles de droit maritime relatives à la négligence font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, et la *WHSCA* réglemente indirectement ces règles en éliminant la possibilité reconnue par la loi d’intenter une action fondée sur cette négligence. L’élimination du droit d’action prévu par le par. 6(2) de la *LRMM* porte sérieusement atteinte à ce contenu essentiel et déclenche l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences.

[21] Le procureur général du Canada affirme lui aussi que la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique. Les règles de droit maritime relatives à la négligence, qui font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, comprennent les règles établissant qui peut être indemnisé en cas de décès et blessures découlant d’un accident de navigation. L’interdiction légale de poursuites prévue par l’art. 44 de la *WHSCA* a pour effet de neutraliser le droit des personnes à charge d’intenter des poursuites en application du par. 6(2) de la *LRMM* en cas de décès causé par la faute d’autrui. Il n’existe pas de forme plus grave d’atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale.

(ii) *Prépondérance fédérale*

[22] Les parties traitent aussi de l’autre question d’ordre constitutionnel, soit celle de l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Les appelants soutiennent que cette doctrine ne s’applique pas. Selon eux, il n’existe aucun conflit d’application entre les lois fédérale et provinciale en cause, vu l’absence de droit d’intenter une action en vertu du par. 6(2) de la *LRMM* lorsque le décès survient « dans des circonstances » où la victime n’aurait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts suivant le régime général de responsabilité (par exemple dans les cas où, comme en l’espèce, un régime provincial d’indemnisation des accidents du travail fait obstacle aux poursuites). Qui plus est, le fait que la loi provinciale limite la portée du droit prévu au par. 6(2) de la *LRMM* n’entrave pas la réalisation d’un objectif fédéral.

[23] The Ryan Estates submit that paramountcy applies. First, an operational conflict exists if s. 44 of the *WHSCA* bars an action against any employer that is subject to the scheme. Then, the Ryan Estates say that the provision frustrates the federal purpose of regulating marine liability claims by eliminating recourse to the *MLA*. The application of that provincial bar would have far-reaching implications for liability claims under the *MLA*. An “employer” would not be subject to federal marine liability in certain instances because of the protection granted to it under provincial law.

[24] The Attorney General of Canada agrees with the Ryan Estates. Section 6(2) of the *MLA* is the gateway to the federal maritime tort regime for dependants of seamen who die at sea. Parliament determined that dependants can maintain any maritime liability action that would have been available to the deceased person. The statutory bar in the provincial statute denies them that cause of action. The two laws are diametrically opposed; the one extinguishes the other. Moreover, the provincial law frustrates the federal purpose of creating a cause of action that allows dependants to choose their preferred method of obtaining compensation after a wrongful death in the maritime context and maintaining national uniformity in maritime negligence law.

(3) Interveners

[25] The interveners are the Attorneys General of Ontario, Nova Scotia, British Columbia and Newfoundland and Labrador, the Newfoundland and Labrador Workplace Health, Safety and Compensation Commission, and the Workers’ Compensation Board of British Columbia. Collectively, the interveners agree with the appellants that s. 44 of

[23] Les successions Ryan prétendent au contraire que la doctrine de la prépondérance fédérale s’applique. D’abord, il y a conflit d’application si l’art. 44 de la *WHSCA* a pour effet d’interdire l’introduction d’une action contre un employeur assujéti au régime. Ensuite, d’ajouter les successions Ryan, en éliminant la possibilité de recourir à la *LRMM*, cette disposition entrave la réalisation de l’objectif fédéral consistant à réglementer les actions en responsabilité maritime. L’application de cette interdiction législative provinciale aurait des répercussions considérables sur les actions en responsabilité fondées sur la *LRMM*. Ainsi, en raison de la protection que lui confère la loi provinciale, un « employeur » pourrait dans certains cas échapper à la responsabilité au regard du droit fédéral en matière maritime.

[24] Le procureur général du Canada partage le point de vue des successions Ryan. Le paragraphe 6(2) de la *LRMM* permet aux personnes à la charge de marins ayant péri en mer d’avoir accès au régime fédéral de responsabilité délictuelle en matière maritime. Le Parlement a décidé que ces personnes peuvent intenter l’action en responsabilité maritime qu’aurait pu intenter la victime si elle n’avait pas perdu la vie. Or, l’interdiction établie par la loi provinciale les prive de cette cause d’action. Selon le procureur général, les deux lois sont diamétralement opposées; l’une neutralise l’autre. De plus, la loi provinciale entrave la réalisation de l’objectif fédéral qui consiste, d’une part, à créer une cause d’action en faveur des personnes à charge pour qu’elles puissent décider du régime d’indemnisation auquel elles préfèrent recourir à la suite d’un décès causé par la faute d’autrui dans le domaine maritime, et, d’autre part, à assurer à l’échelle nationale l’uniformité des règles de droit maritime relatives à la négligence.

(3) Intervenants

[25] Sont intervenus au présent pourvoi les procureurs généraux de l’Ontario, de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique et de Terre-Neuve-et-Labrador, la Workplace Health, Safety and Compensation Commission de Terre-Neuve-et-Labrador, ainsi que la Workers’ Compensation Board de la Colombie-Britannique. Collectivement,

the *WHSCA* applies and that the provision engages neither federal paramountcy nor interjurisdictional immunity.

D. Nature of Workers' Compensation Schemes

[26] Professor Peter Hogg concisely describes the general nature and operation of workers' compensation schemes:

Workers' compensation is a public insurance plan that provides compensation for workers injured by accident in the course of their employment. It is financed by premiums paid by employers under compulsion of law, and it is administered by a public agency, usually called a Workers' Compensation Board. The benefits are payable for all work-related accidents (and some occupational diseases are now usually covered as well) regardless of whether or not there was negligence on the part of the employer. In all provinces and territories, the common law action for negligence has been abolished for work-related injuries, leaving the statutory scheme as the exclusive source of compensation.

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at p. 33-9)

[27] Provincial workers' compensation schemes generally cover persons employed in the relevant province, even if a workplace accident occurs outside of the province: *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (P.C.) ("*Canadian Pacific Railway*"). The compensatory elements of these schemes apply to federal undertakings operating within the province, but the occupational health and safety elements do not: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 763, and *Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3, at paras. 5-6.

les intervenants sont d'accord avec les appelants pour dire que l'art. 44 de la *WHSCA* s'applique et qu'il n'entraîne pas l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale ou de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

D. Nature des régimes d'indemnisation des accidents du travail

[26] Le professeur Peter Hogg a su décrire de manière concise la nature et le fonctionnement généraux des régimes d'indemnisation des accidents du travail :

[TRADUCTION] Les régimes d'indemnisation des accidents du travail sont des régimes d'assurance publics pourvoyant à l'indemnisation des travailleurs qui se blessent accidentellement dans le cours de leurs fonctions. Ces régimes sont financés par les primes que sont tenus par la loi de verser les employeurs, et ils sont administrés par un organisme public habituellement appelé commission des accidents du travail. Les indemnités prévues sont payables à l'égard de tous les accidents du travail (et, de nos jours, généralement certaines maladies professionnelles sont habituellement assurées aussi), peu importe qu'il y ait eu ou non négligence de la part de l'employeur. Dans l'ensemble des provinces et territoires, l'action en négligence de la common law a été abolie en matière d'accidents du travail, le régime prévu par la loi étant par conséquent devenu l'unique source d'indemnisation.

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 33-9)

[27] En règle générale, les régimes provinciaux d'indemnisation des accidents du travail protègent les personnes qui occupent un emploi dans la province concernée, et ce, même si l'accident du travail survient à l'extérieur de celle-ci : *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (C.P.) (« *Canadian Pacific Railway* »). Les aspects de ces régimes qui touchent à l'indemnisation s'appliquent aux entreprises fédérales exerçant leurs activités dans la province, mais non les aspects qui touchent à la santé et à la sécurité au travail : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 763, et *Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3, par. 5-6.

[28] Workers' compensation schemes in Canada are rooted in a report by the Honourable Sir William Ralph Meredith, former Chief Justice of Ontario, who was appointed in 1910 to study approaches to workers' compensation and to recommend a scheme for Ontario. In 1914, Ontario adopted his proposal to compensate "injured workers through an accident fund collected from industry and under the management of the state", and the other provinces followed: Hogg, at p. 33-9; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 24.

[29] The central element of Sir Meredith's proposal was what has come to be called the "historic trade-off": workers "lost their cause of action against their employers but gained compensation that depends neither on the fault of the employer nor its ability to pay", while employers had to contribute to a common fund "but gained freedom from potentially crippling liability": *Pasiechnyk*, at para. 25.

[30] This "historic trade-off" provides timely and guaranteed compensation for workers (or their dependants) and reduces liability for employers. In *Pasiechnyk*, Sopinka J. described it as a necessary and central feature to a workers' compensation scheme (para. 26). See also *Reference re: Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, ss. 32, 34 (1987), 44 D.L.R. (4th) 501 (Nfld. C.A.).

[31] The *WHSCA* is a workers' compensation scheme in Newfoundland and Labrador providing no-fault compensation to workers and their dependants arising from workplace accidents; it mandates automatic compensation without the need to establish fault on the part of the employer. The *WHSCA* replaces the tort action for negligence with compensation. As such, it is distinct from tort law. Section 44 of the *WHSCA* provides for the statutory bar that is at the heart of the "historic trade-off".

[28] Les régimes canadiens d'indemnisation des accidents du travail tirent leur origine d'un rapport établi par Sir William Ralph Meredith, ancien juge en chef de l'Ontario. Celui-ci s'était vu confier, en 1910, le mandat d'étudier différentes solutions en la matière et de recommander un régime pour l'Ontario. En 1914, la province a adopté la proposition de ce dernier d'indemniser « les travailleurs blessés au moyen d'une caisse des accidents gérée par l'État, dont les fonds seraient perçus auprès de l'industrie », puis les autres provinces ont suivi : Hogg, p. 33-9; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 24.

[29] L'élément central de la proposition de Sir Meredith résidait dans ce qu'on en est venu à appeler le « compromis historique » : les travailleurs « perdraient leur cause d'action contre leur employeur, mais obtiendraient une indemnité qui ne dépendrait ni de la responsabilité de l'employeur ni de sa capacité de payer », alors que les employeurs seraient tenus de contribuer à un fonds commun, « mais [. . .] échapp[eraient] à une responsabilité potentiellement écrasante » : *Pasiechnyk*, par. 25.

[30] Ce « compromis historique » garantit aux travailleurs (ou aux personnes à leur charge) une indemnisation en temps opportun, tout en réduisant la responsabilité des employeurs. Dans l'affaire *Pasiechnyk*, le juge Sopinka a décrit ce compromis comme une caractéristique nécessaire et cruciale d'un régime d'indemnisation des accidents du travail (par. 26). Voir aussi *Reference re : Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, ss. 32, 34 (1987), 44 D.L.R. (4th) 501 (C.A.T.-N.).

[31] La *WHSCA* est le régime d'indemnisation des accidents du travail applicable à Terre-Neuve-et-Labrador. Elle permet aux travailleurs et aux personnes à leur charge d'être indemnisés, sans égard à la responsabilité, en cas d'accident du travail; elle impose en effet l'indemnisation automatique, sans obligation d'établir la faute de l'employeur. La *WHSCA* remplace par le versement d'une indemnité l'action en responsabilité délictuelle pour négligence. En ce sens, elle constitue un régime distinct du droit de la responsabilité délictuelle. Quant à l'art. 44 de cette loi, il établit l'interdiction légale de poursuites qui est au cœur du « compromis historique ».

[32] Workers' compensation schemes, which concern employment and insurance law, fall within provincial jurisdiction over property and civil rights as provided by s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*: see *Canadian Pacific Railway; Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Bell Canada; Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; and *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 117, *per* Iacobucci J., dissenting. In *Canadian Pacific Railway*, the Privy Council said the following about the British Columbia *Workmen's Compensation Act*, R.S.B.C. 1916, c. 77 (p. 191):

The scheme of the Act is not one for interfering with rights outside the Province. It is in substance a scheme for securing a civil right within the Province.

[33] Parliament has also adopted two workers' compensation schemes based on the Meredith model: the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5 ("GECA"), and the *Merchant Seamen Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. M-6 ("MSCA"). The first statute was adopted pursuant to Parliament's exclusive jurisdiction over federal employees under s. 91(8) of the *Constitution Act, 1867*: *Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 S.C.R. 498; *Société canadienne des postes v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1999] R.J.Q. 957 (C.A.), at pp. 962-63; and *Société canadienne des postes v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1996] R.J.Q. 873 (C.A.), at p. 876. The second statute was an exercise of Parliament's jurisdiction over navigation and shipping. We will briefly review those two statutes to highlight the similarities between them and the *WHSCA*.

[34] The *GECA* applies to individuals working in any capacity for the federal government with the exception of the regular members of the Canadian

[32] Les régimes d'indemnisation des accidents du travail, qui concernent le droit du travail et le droit des assurances, relèvent du pouvoir des provinces de légiférer sur la propriété et les droits civils prévu au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Canadian Pacific Railway; Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Bell Canada; Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; et *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 117, le juge Iacobucci, dissident. Dans *Canadian Pacific Railway*, le Conseil privé a affirmé ce qui suit relativement à la *Workmen's Compensation Act*, R.S.B.C. 1916, ch. 77, de la Colombie-Britannique (p. 191) :

[TRADUCTION] L'esprit de la loi n'est pas d'empiéter sur des droits à l'extérieur de la province. Il s'agit essentiellement d'un régime conférant un droit civil dans la province.

[33] Le législateur fédéral a lui aussi instauré deux régimes d'indemnisation des accidents du travail fondés sur le modèle proposé par Sir Meredith : la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5 (« LIAÉ »), et la *Loi sur l'indemnisation des marins marchands*, L.R.C. 1985, ch. M-6 (« LIMM »). La première de ces lois a été adoptée par le Parlement en vertu de sa compétence exclusive à l'égard des fonctionnaires fédéraux prévue au par. 91(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498; *Société canadienne des postes c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1999] R.J.Q. 957 (C.A.), p. 962-963; et *Société canadienne des postes c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1996] R.J.Q. 873 (C.A.), p. 876. La deuxième loi a été édictée dans l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Nous analyserons brièvement ces deux lois pour bien faire ressortir ce qu'elles ont en commun avec la *WHSCA*.

[34] La *LIAÉ* s'applique à tout agent du gouvernement fédéral, à l'exception des membres de la force régulière des Forces canadiennes ou de la

Forces or the Royal Canadian Mounted Police: ss. 2 (“employee”) and 3(1). Section 12 provides that where an accident happens to an employee in the course of his or her employment under circumstances that entitle the employee or his or her dependants to compensation under the *GECA*, neither the employee nor the dependants “has any claim against Her Majesty, or any officer, servant or agent of Her Majesty”. Section 9(1) says that where an accident happens to an employee in the course of his or her employment under circumstances that entitle the employee or the dependants “to an action against a person other than Her Majesty”, the employee or the dependants may elect between compensation under the *GECA* or “may claim against that other person” (s. 45(1) of the *WHSCA* provides similar election rights to s. 9(1) of the *GECA*).

[35] Like the *WHSCA*, the *GECA* is a no-fault regime that provides for compensation in case of injury or death caused during employment. A central feature of that no-fault regime is the bar on claims against Her Majesty, which is the employer for employees covered by the *GECA*.

[36] The other statute, the *MSCA*, applies to seamen engaged in home-trade and foreign voyages. The definition of “seaman” excludes fishers, pilots, and apprenticed pilots: s. 2(1). An “employer” under the *MSCA* “includes every person having any seaman in his service under a contract of hiring or apprenticeship, written or oral, express or implied”: s. 2(1). The *MSCA* does not apply and no compensation is payable under it where a seaman is “entitled to claim compensation under the [*GECA*] or under any provincial workers’ compensation law”: s. 5(a).

[37] In one respect, the *MSCA* differs from the *GECA* or provincial workers’ compensation regimes such as the *WHSCA*. Whereas, in the case of the *WHSCA*, employers must contribute to a collective insurance fund based on assessment (there is no such fund for the *GECA* as Her Majesty is the only employer), s. 30(1) of the *MSCA* requires employers to “cover by insurance or other means satisfactory to the [Merchant Seaman Compensation] Board the

Gendarmerie royale du Canada : art. 2 (« agents de l’État ») et par. 3(1). En vertu de l’art. 12, l’agent de l’État ou les personnes à sa charge qui, par suite d’un accident du travail, ont droit à l’indemnité prévue par la *LIAÉ* « ne peuvent exercer d[e] recours contre Sa Majesté ou un fonctionnaire, préposé ou mandataire de celle-ci pour cet accident ». Suivant le par. 9(1), si l’accident dont a été victime un agent de l’État ouvre droit pour lui ou les personnes à sa charge « à un recours contre un tiers », l’agent ou ces personnes peuvent soit demander l’indemnité prévue, soit « exercer le recours contre le tiers » (le par. 45(1) de la *WHSCA* accorde des choix semblables à ceux prévus au par. 9(1) de la *LIAÉ*).

[35] Tout comme la *WHSCA*, la *LIAÉ* constitue un régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité applicable en cas de blessure ou de décès survenant en cours d’emploi. L’interdiction d’engager des poursuites contre Sa Majesté — l’employeur des agents visés par la *LIAÉ* — représente un aspect fondamental de ce régime.

[36] L’autre loi, la *LIMM*, s’applique aux marins effectuant un voyage de cabotage ou un voyage de long cours. La définition de « marin » exclut les pêcheurs, les pilotes et les apprentis pilotes. Un « employeur » au sens de cette loi s’entend de « [t]oute personne ayant un marin à son service en vertu d’un contrat de louage d’ouvrage ou d’apprentissage, écrit ou verbal, exprès ou implicite » : par. 2(1). La *LIMM* ne s’applique pas lorsqu’un marin « a [le] droit [. . .] de demander l’indemnité prévue par la [*LIAÉ*] ou par une loi provinciale sur les accidents du travail » : al. 5a).

[37] La *LIMM* diffère sur un point de la *LIAÉ* et des régimes provinciaux d’indemnisation des accidents du travail comme la *WHSCA*. Dans le cas de la *WHSCA*, les employeurs doivent verser les contributions établies dans un fonds d’assurance collectif (un tel fonds n’existe pas sous le régime de la *LIAÉ* parce que Sa Majesté est le seul employeur), alors qu’aux termes du par. 30(1) de la *LIMM*, les employeurs doivent « se protéger à l’aide

risks of compensation arising under this Act”. Such employers do not contribute to a shared insurance fund, but they must nonetheless obtain insurance.

[38] In other respects, the *MSCA* is similar to other workers’ compensation schemes: the employer must pay compensation on a no-fault basis (s. 8) and the right to compensation is in lieu of all rights of action of a seaman or his dependants against the employer (s. 13). Therefore, the historic trade-off of compensation in lieu of a right to sue is, like for the *GECA* and provincial workers’ compensation schemes, at the heart of the *MSCA*. The *MSCA* also allows seamen to claim compensation under it or to bring an action against a third party, i.e. a “person other than his co-employees, his employer, the servants or mandataries of his employer”: s. 24(1). However, “[n]o seaman entitled to compensation under [the *MSCA*] or the dependants of the seaman have a right of action against an employer who is subject to [the *MSCA*]”: s. 24(5).

[39] The above review of the *GECA* and the *MSCA* highlights their similarities with the *WHSCA* and their nature as no-fault insurance schemes for workplace-related injury. Despite some differences, all of these statutes provide compensation in lieu of the right to bring an action; this is the historic trade-off at the heart of the Meredith model of workers’ compensation schemes. By establishing no-fault schemes for workplace-related injuries, these statutes are distinct from and do not interact with any tort regimes.

E. Application of Section 44 of the *WHSCA*

[40] Before engaging in a constitutional analysis of whether s. 44 of the *WHSCA* is applicable and

d’une assurance ou d’un autre moyen, suffisant aux yeux de la Commission [d’indemnisation des marins marchands], contre les risques afférents à l’indemnisation prévue par la présente loi ». Dans ce dernier cas, les employeurs ne contribuent pas à un fonds commun d’assurance, mais doivent néanmoins contracter une assurance.

[38] Sur d’autres points, la *LIMM* ressemble aux autres régimes d’indemnisation des accidents du travail : l’employeur doit verser l’indemnité, qu’il ait ou non commis une faute (art. 8), et le droit à l’indemnité tient lieu de tous droits d’action (art. 13). En conséquence, tout comme c’est le cas pour la *LIAÉ* et les régimes provinciaux d’indemnisation des accidents du travail, le compromis historique fondé sur le paiement d’une indemnité en remplacement du droit de poursuivre représente un aspect central de la *LIMM*. Cette dernière autorise elle aussi les marins à demander une indemnité ou à intenter une action, mais uniquement contre un tiers, c’est-à-dire une « personne autre que ses compagnons de travail, son employeur, les serviteurs ou les mandataires de son employeur » : par. 24(1). Cependant, « [u]n marin qui a droit à l’indemnité prévue par la [*LIMM*] ne possède, ou les personnes à sa charge ne possèdent, aucun droit d’action contre un employeur assujetti à la [*LIMM*] » : par. 24(5).

[39] Cet examen de la *LIAÉ* et de la *LIMM* fait bien ressortir leurs similarités avec la *WHSCA* et leur qualité de régimes d’assurance sans égard à la responsabilité en matière d’accidents du travail. Malgré certaines différences, toutes ces lois pouvoient au paiement d’une indemnité en remplacement du droit d’action; il s’agit du compromis historique au cœur des régimes d’indemnisation des accidents du travail fondés sur le modèle proposé par Sir Meredith. En établissant de tels régimes sans égard à la responsabilité, ces lois se distinguent des régimes d’indemnisation de responsabilité délictuelle et n’interagissent pas avec ceux-ci.

E. Application de l’art. 44 de la *WHSCA*

[40] Avant d’amorcer l’analyse constitutionnelle visant à déterminer si l’art. 44 de la *WHSCA* est

operative, we must first determine if the facts of this case give rise to its application. The Ryan Estates submit that s. 44 does not apply because the Ryan brothers were not employed by Marine Services when the accident that caused their death occurred. We disagree. We are of the view that s. 44 of the *WHSCA* applies on the facts of this case. As a result, constitutional issues arise and must be resolved.

[41] A direct employment relationship did not exist between the Ryan brothers and Marine Services at the time of the accident that led to their death. However, the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA* does not only benefit an “employer” in a direct employment relationship with the injured worker. Any employer that contributes to the scheme (and any worker of such an employer) benefits from the statutory bar, as long as the worker was injured in the course of his or her employment and the injury “occurred . . . in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by the employer”. The Commission assesses, levies, and collects contribution to the injury fund from employers that are subject to the *WHSCA*, all of whom are obligated to contribute: ss. 97 and 99. Unless excluded by regulation, the *WHSCA* applies to employers “engaged in, about or in connection with an industry in the province”: s. 38(1) (“employer” is also defined in s. 2(j) of the *WHSCA*).

[42] The parties do not dispute the Commission’s findings that (a) the Ryan brothers were injured in the course of employment within the meaning of the *WHSCA*; (b) Marine Services is an “employer” under the *WHSCA*; and (c) David Porter is a “worker” under the *WHSCA*.

[43] The dispute is whether the injury that led to the Ryan brothers’ death “occurred otherwise than in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by the employer” as stated in s. 44(2). The answer to this question

applicable et opérant, il nous faut d’abord décider si les faits de l’espèce entraînent son application. Les successions Ryan soutiennent que l’art. 44 ne s’applique pas, étant donné que les frères Ryan ne travaillaient pas pour Marine Services au moment de l’accident ayant causé leur décès. Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, l’art. 44 de la *WHSCA* s’applique eu égard aux faits de l’espèce. Par conséquent, la situation soulève des questions d’ordre constitutionnel qu’il faut résoudre.

[41] Il n’existait pas de relation d’emploi directe entre Marine Services et les frères Ryan au moment de l’accident au cours duquel ces derniers sont décédés. Cependant, l’interdiction légale de poursuites prévue à l’art. 44 de la *WHSCA* ne bénéficie pas seulement à un « employeur » qui se trouve dans une relation d’emploi directe avec le travailleur blessé. Tout employeur contribuant au régime (et tout travailleur d’un tel employeur) bénéficie de l’interdiction légale de poursuites, pourvu que le travailleur ait été blessé dans le cours de ses fonctions et que les blessures soient [TRADUCTION] « survenues [. . .] dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l’industrie à laquelle participe l’employeur ». La Commission fixe et perçoit les contributions au fonds d’indemnisation que doivent obligatoirement verser tous les employeurs assujettis à la *WHSCA* : art. 97 et 99. Sauf exclusion prévue par règlement, la *WHSCA* s’applique aux employeurs « participant directement ou indirectement, à une industrie dans la province » : par. 38(1) (le terme « employeur » est également défini à l’al. 2(j) de la *WHSCA*).

[42] Les parties ne contestent pas les conclusions suivantes de la Commission : a) les frères Ryan ont été blessés dans le cours de leurs fonctions au sens de la *WHSCA*; b) Marine Services est un « employeur » au sens de la *WHSCA*; c) David Porter est un « travailleur » au sens de cette même loi.

[43] Le différend porte sur la question de savoir si les blessures ayant entraîné la mort des frères Ryan sont [TRADUCTION] « survenues autrement que dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l’industrie à laquelle participe

determines whether s. 44 of the *WHSCA* applies to this case.

[44] At the Commission, Marine Services submitted that it was engaged “in operations connected to the fishing industry”, “in the business of marine consulting, naval architecture, and vessel design”, and that David Porter was, at the relevant time, employed by it to design the vessel (A.R., at p. 17). The Commission agreed with these submissions in its findings of fact (pp. 28-29). On the question of whether the death of the Ryan brothers “occurred . . . in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on by the employer”, the Commission found that it clearly occurred in such a manner (p. 29).

[45] This appeal is from a judicial review of the Commission’s decision. The Commission’s finding that the injury that led to the death of the Ryan brothers occurred “in the conduct of the operations usual in or incidental to the industry carried on” by Marine Services is entitled to deference. It is a question of mixed fact and law that the Commission answered by assessing the evidence and interpreting its home statute. Moreover, s. 19 of the *WHSCA* contains a privative clause. In light of these factors, the standard of reasonableness applies: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 52-55. On this standard, the Commission’s finding should not be disturbed.

[46] Therefore, s. 44 of the *WHSCA* applies to this case and, if constitutionally applicable and operative, bars the action initiated by the Ryan Estates against the appellants. We must now turn to the constitutional questions raised by the application of s. 44.

l’employeur », aux termes du par. 44(2). La réponse à cette question permettra de déterminer si l’art. 44 de la *WHSCA* s’applique en l’espèce.

[44] Devant la Commission, Marine Services a soutenu qu’elle exerçait [TRADUCTION] « des activités liées à l’industrie de la pêche », ainsi que « des activités d’expertise-conseil dans le domaine maritime, des activités d’architecture navale et des activités de conception de navires », et que, au cours de la période pertinente, David Porter travaillait chez elle à la conception du bateau (d.a., p. 17). La Commission a retenu ces observations dans ses conclusions de fait (p. 28-29). Quant à la question de savoir si le décès des frères Ryan [TRADUCTION] « était survenu [. . .] dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l’industrie à laquelle participe l’employeur », la Commission a conclu que c’était clairement le cas (p. 29).

[45] Le présent pourvoi découle du contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Il convient de faire montre de déférence envers la conclusion qu’a tirée celle-ci et suivant laquelle les blessures ayant entraîné la mort des frères Ryan sont survenues [TRADUCTION] « dans le cours des activités habituelles ou accessoires menées dans l’industrie à laquelle participe » Marine Services. Il s’agit d’une question mixte de fait et de droit à laquelle la Commission a répondu en appréciant la preuve et en interprétant sa loi constitutive. De plus, l’art. 19 de la *WHSCA* contient une clause privative. À la lumière de ces facteurs, la norme de la décision raisonnable s’applique : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 52-55. Eu égard à cette norme, la conclusion de la Commission ne devrait pas être modifiée.

[46] En conséquence, l’art. 44 de la *WHSCA* s’applique à la présente espèce et, s’il est applicable et opérant sur le plan constitutionnel, il fait obstacle à l’action introduite par les successions Ryan contre les appelants. Nous allons maintenant examiner les questions constitutionnelles que soulève l’application de l’art. 44.

F. *Constitutional Questions*

[47] The constitutional issue is whether a statutory bar of action in a provincial workers' compensation scheme can preclude a person to whom the bar applies from bringing a negligence action that is provided for by a federal maritime negligence statute. The constitutional dispute in this appeal, therefore, concerns the division of powers between the federal and provincial governments under the *Constitution Act, 1867*.

[48] The first step in the resolution of a constitutional issue involving the division of powers is an analysis of the "pith and substance" of the impugned legislation: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 25. The analysis of the pith and substance consists of "an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the 'matter' to which it essentially relates": *Canadian Western Bank*, at para. 26. Two aspects of the law or of the impugned provision are analyzed: the purpose of the enacting body in adopting it, and the legal effect of the law or provision: *Canadian Western Bank*, at para. 27. In this case, the validity of the *WHSCA* (and of the *MLA* for that matter) is not contested and a full pith and substance analysis is not required.

[49] At the end of a pith and substance analysis, a court should generally consider interjurisdictional immunity only if there is "prior case law favouring its application to the subject matter at hand": *Canadian Western Bank*, at para. 78. The doctrine "is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent": *Canadian Western Bank*, at para. 77. In view of this Court's decision in *Ordon*, we must consider whether interjurisdictional immunity applies. After conducting that analysis, we will proceed to the determination of whether federal paramountcy applies. For the reasons that follow, we conclude that neither interjurisdictional immunity nor federal paramountcy applies in this case and

F. *Questions constitutionnelles*

[47] La difficulté d'ordre constitutionnel que pose la présente affaire consiste à décider si une interdiction légale de poursuites prévue par un régime provincial d'indemnisation des accidents du travail peut empêcher une personne visée par cette interdiction d'intenter une action en négligence en vertu d'une loi fédérale relative à la négligence en droit maritime. En l'espèce, le différend constitutionnel concerne donc le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* entre le fédéral et les provinces.

[48] La résolution d'un tel différend requiert d'abord et avant tout l'analyse du « caractère véritable » du texte de loi contesté : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 25. Une telle analyse « consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d'identifier la "matière" sur laquelle elle porte essentiellement » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 26. Deux aspects de la loi ou de la disposition contestée sont alors analysés : le but visé par le législateur qui l'a adoptée et l'effet juridique de la loi ou de la disposition en question : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 27. Toutefois, comme la validité de la *WHSCA* n'est pas contestée en l'espèce (ni celle de la *LRMM* d'ailleurs), il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse exhaustive de son caractère véritable.

[49] Au terme de l'analyse du caractère véritable, le tribunal ne doit généralement considérer la doctrine de l'exclusivité des compétences que s'il existe des « décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 78. Cette doctrine « reste d'une application restreinte, et [. . .] devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 77. Vu l'arrêt *Ordon* de notre Cour, il faut se demander si l'exclusivité des compétences s'applique. Après avoir effectué cette analyse, nous nous interrogerons sur l'applicabilité de la prépondérance fédérale. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que ni la doctrine de l'exclusivité des compétences ni

that s. 44 of the *WHSCA* is thus constitutionally applicable and operative.

(1) Interjurisdictional Immunity

[50] Interjurisdictional immunity exists to protect the “basic, minimum and unassailable content” or the core of the “exclusive classes of subject” created by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867: Bell Canada*, at p. 839. This Court discussed interjurisdictional immunity in *Canadian Western Bank* and later in *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“*COPA*”). The doctrine has a limited application today: *Canadian Western Bank*, at paras. 33-34. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, Dickson C.J. stated that the dominant tide of constitutional interpretation, which favours, where possible, the operation of statutes enacted by both levels of government, militates against interjurisdictional immunity. A broad application of the doctrine is inconsistent with a flexible and pragmatic approach to federalism. As stated earlier, interjurisdictional immunity “is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent”: *Canadian Western Bank*, at para. 77.

[51] There is prior case law favouring the application of interjurisdictional immunity to the subject matter of this appeal. In *Ordon*, this Court considered negligence claims related to two boating accidents that resulted in death and injury. Since the accidents occurred in navigable waters, the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1985, c. S-9, applied. However, the plaintiffs relied on Ontario statutes permitting (a) negligence claims to be brought by siblings of a deceased or injured victim; (b) the recovery of damages for the loss of guidance, care and companionship of a deceased or injured victim;

celle de la prépondérance fédérale ne s’appliquent en l’espèce, et que l’art. 44 de la *WHSCA* est donc applicable et opérant sur le plan constitutionnel.

(1) Exclusivité des compétences

[50] L’exclusivité des compétences vise à protéger le « contenu minimum élémentaire et irréductible » ou contenu essentiel des « catégories exclusives de sujets » établies par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Bell Canada*, p. 839. La Cour a analysé la doctrine de l’exclusivité des compétences dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* et, plus tard, dans *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »). Cette doctrine est appliquée de manière limitée aujourd’hui : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 33-34. Dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge en chef Dickson a déclaré que le courant dominant en matière d’interprétation constitutionnelle — courant qui privilégie, lorsque c’est possible, l’application des lois édictées par les deux ordres de gouvernement — milite contre l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Une application large de cette doctrine irait à l’encontre d’une conception souple et pragmatique du fédéralisme. Comme nous l’avons indiqué précédemment, la doctrine de l’exclusivité des compétences « reste d’une application restreinte, et [. . .] devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 77.

[51] Il existe de la jurisprudence préconisant l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences à l’objet du présent pourvoi. Dans l’affaire *Ordon*, la Cour s’est penchée sur des actions en négligence découlant de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des décès et des blessures. Comme ces accidents étaient survenus dans des eaux navigables, la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9, s’appliquait. Les demandeurs invoquaient toutefois des lois ontariennes qui permettaient a) l’introduction d’actions en négligence par les

and (c) apportionment of damages in cases of contributory negligence, as these options were not available under the *Canada Shipping Act*.

[52] This Court concluded that maritime negligence law is part of the core of the federal power over “Navigation and Shipping” under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, and that inter-jurisdictional immunity will apply if a provincial statute of general application has the effect of indirectly regulating a maritime negligence law issue. Iacobucci and Major JJ. stated the following, at paras. 84-85:

Maritime negligence law is a core element of Parliament’s jurisdiction over maritime law. The determination of the standard, elements, and terms of liability for negligence between vessels or those responsible for vessels has long been an essential aspect of maritime law, and the assignment of exclusive federal jurisdiction over navigation and shipping was undoubtedly intended to preclude provincial jurisdiction over maritime negligence law, among other maritime matters. As discussed below, there are strong reasons to desire uniformity in Canadian maritime negligence law. Moreover, the specialized rules and principles of admiralty law deal with negligence on the waters in a unique manner, focussing on concerns of “good seamanship” and other peculiarly maritime issues. Maritime negligence law may be understood, in the words of Beetz J. in *Bell Canada v. Quebec*, *supra*, at p. 762, as part of that which makes maritime law “specifically of federal jurisdiction”.

In our opinion, where the application of a provincial statute of general application would have the effect of regulating indirectly an issue of maritime negligence law, this is an intrusion upon the unassailable core of federal maritime law and as such is constitutionally impermissible. . . . In the context of an action arising from a collision between boats or some other accident,

frères et sœurs de la personne tuée ou blessée, b) l’obtention de dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie de la personne tuée ou blessée et c) la répartition des dommages-intérêts en cas de négligence contributive, soit autant de possibilités que ne leur offrait pas la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

[52] La Cour a conclu alors que les règles de droit maritime relatives à la négligence font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale sur « [l]a navigation et les bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que l’exclusivité des compétences s’applique si une loi provinciale de portée générale a pour effet de réglementer indirectement une question touchant ces règles. Les juges Iacobucci et Major ont formulé les observations suivantes, aux par. 84-85 :

Les règles relatives à la négligence du droit maritime sont un élément du contenu essentiel de la compétence du Parlement sur le droit maritime. L’établissement de la norme applicable, des éléments et des conditions en matière de responsabilité pour négligence des navires ou des personnes qui en répondent est depuis longtemps un aspect essentiel du droit maritime, et l’attribution au fédéral de la compétence exclusive sur la navigation et les expéditions par eau visait sans aucun doute à exclure la compétence provinciale sur les règles relatives à la négligence, entre autres matières maritimes. Comme nous le verrons plus loin, de solides raisons militent en faveur de l’uniformité des règles relatives à la négligence en droit maritime canadien. De plus, les règles et principes spéciaux applicables en matière d’amirauté régissent la question de la négligence sur les eaux d’une façon particulière, s’attachant à la « bonne navigation » et à d’autres questions proprement maritimes. Les règles relatives à la négligence du droit maritime peuvent être considérées comme une partie intégrante de ce qui constitue la « spécificité fédérale » du droit maritime, pour reprendre l’expression employée par le juge Beetz dans *Bell Canada*, précité, à la p. 762.

À notre avis, lorsque l’application d’une loi provinciale de portée générale a pour effet de réglementer indirectement une question touchant les règles relatives à la négligence du droit maritime, il y a intrusion dans le contenu essentiel irréductible du droit maritime fédéral, ce qui est inacceptable sur le plan constitutionnel. [. . .] Dans le cadre d’une action intentée à la suite d’une

maritime negligence law encompasses the following issues, among others: the range of possible claimants, the scope of available damages, and the availability of a regime of apportionment of liability according to fault. A provincial statute of general application dealing with such matters within the scope of the province's legitimate powers cannot apply to a maritime law negligence action, and must be read down to achieve this end.

[53] Like *Ordon*, the present appeal involves the reliance by one of the parties on provincial law in relation to a maritime negligence action.

[54] In *COPA*, at para. 27, McLachlin C.J. enunciated a two-pronged test that must be met to trigger the application of the doctrine of interjurisdictional immunity:

The first step is to determine whether the provincial law — s. 26 of the Act — *trenches on the protected “core” of a federal competence*. If it does, the second step is to determine whether the provincial law's effect on the exercise of the protected federal power is *sufficiently serious* to invoke the doctrine of interjurisdictional immunity. [Emphasis in original.]

[55] Therefore, we must first consider whether the impugned legislation trenches on the core of a head of power listed in ss. 91 or 92 of the *Constitution Act, 1867*. Here, the jurisprudence serves as a useful guide to identify the core of a head of power: *Canadian Western Bank*, at para. 77; *COPA*, at para. 36.

[56] Then, if the impugned legislation trenches on the core of a head of power, we must determine whether the encroachment is sufficiently serious. Rather than just “affect” the core, the impugned legislation must “impair” it for interjurisdictional immunity to apply: “. . . the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does” (*Canadian Western Bank*, at para. 48). In that case, the majority explained, at para. 48:

collision entre embarcations ou d'un autre accident, les règles relatives à la négligence du droit maritime comprennent notamment les points suivants: l'éventail des demandeurs éventuels, la portée des dommages-intérêts qui peuvent être obtenus et l'existence d'un régime de partage de la responsabilité selon la faute. La loi provinciale de portée générale qui régit de telles questions dans le cadre des compétences légitimes de la province ne saurait être invoquée dans une action pour négligence fondée sur le droit maritime et doit faire l'objet d'une interprétation atténuée.

[53] Tout comme dans l'arrêt *Ordon*, l'une des parties au présent pourvoi s'appuie sur une loi provinciale dans le cadre d'une action fondée sur la négligence en matière maritime.

[54] Dans l'arrêt *COPA*, par. 27, la juge en chef McLachlin a énoncé une méthode d'analyse à deux volets à laquelle il doit être satisfait pour que s'applique la doctrine de l'exclusivité des compétences :

La première étape consiste à déterminer si la loi provinciale — l'art. 26 de la Loi — *empiète sur le « cœur » d'une compétence fédérale*. Si c'est le cas, la deuxième étape consiste à déterminer si cette loi provinciale a, sur l'exercice de la compétence fédérale protégée, un effet *suffisamment grave* pour entraîner l'application de la doctrine de la compétence exclusive. [En italique dans l'original.]

[55] Par conséquent, il faut d'abord se demander si la loi contestée empiète sur le cœur d'un chef de compétence énuméré à l'art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cette étape-ci, la jurisprudence constitue un guide utile pour bien cerner le cœur d'un chef de compétence : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 77; *COPA*, par. 36.

[56] Deuxièmement, si la loi contestée empiète sur le cœur d'un chef de compétence, il faut déterminer si cet empiètement est suffisamment grave. Pour que s'applique la doctrine de l'exclusivité des compétences, la loi contestée ne doit pas simplement « toucher » le cœur d'une compétence, elle doit l'« entraver » : « . . . la première [notion] ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde » (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 48). Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont formulé les explications suivantes, au par. 48 :

It is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from “affecting” to “impairing” (without necessarily “sterilizing” or “paralyzing”) that the “core” competence of the other level of government (or the vital or essential part of an undertaking it duly constitutes) is placed in jeopardy, and not before.

To the same effect, McLachlin C.J. stated in *COPA* that “[i]mpairment” is a higher standard than “affects”, as in “an era of cooperative, flexible federalism, application of the doctrine of inter-jurisdictional immunity requires a significant or serious intrusion on the exercise” of a head of power: para. 45.

[57] When interjurisdictional immunity applies, the impugned law is not rendered invalid; it is “simply *inapplicable* to the extra-jurisdictional matter”, and it is read down to limit the scope of its application: Hogg, at p. 15-28 (emphasis in original).

[58] The Ryan Estates contend (and the majority of the Court of Appeal agreed) that interjurisdictional immunity applies because s. 44 of the *WHSCA* eliminates the Ryan Estates’ access to s. 6(2) of the *MLA*, a statutory expression of maritime negligence law. They add that this Court decided in *Ordon* that maritime negligence law is at the core of the federal power over navigation and shipping.

[59] Maritime negligence law is indeed at the core of the federal power over navigation and shipping: *Ordon*, at para. 84. A provincial statute of general application cannot have the effect of indirectly regulating an issue of maritime negligence law, such as the range of possible claimants in a maritime negligence action: *Ordon*, at para. 85. Section 44 of the *WHSCA*, a provincial statute of general application, precludes the Ryan Estates from making use of the maritime negligence action provided by s. 6(2) of the *MLA*. By altering the range of claimants who may make use of this statutory maritime negligence action, s. 44 of the *WHSCA*

C’est lorsque l’effet préjudiciable d’une loi adoptée par un ordre de gouvernement s’intensifie en passant de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») que le « contenu essentiel » de la compétence de l’autre ordre de gouvernement (ou l’élément vital ou essentiel d’une entreprise établie par lui) est menacé, et pas avant.

Abondant dans le même sens, la juge en chef McLachlin a affirmé, dans *COPA*, que le terme « entrave » est plus fort que « toucher », car en « cette époque de fédéralisme coopératif souple, l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences exige un empiétement important ou grave sur l’exercice » d’un chef de compétence : par. 45.

[57] Lorsque la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique, la loi contestée n’est pas invalidée; elle est [TRADUCTION] « tout simplement *inapplicable* à la question excédant la compétence législative conférée », et on lui attribue une interprétation atténuée pour en restreindre l’application : Hogg, p. 15-28 (en italique dans l’original).

[58] Les successions Ryan soutiennent (argument auquel ont fait droit les juges majoritaires de la Cour d’appel) que la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique, pour le motif que l’art. 44 de la *WHSCA* prive les successions Ryan du droit que leur confère le par. 6(2) de la *LRMM*, lequel constitue un énoncé législatif des règles de droit relatives à la négligence en matière maritime. Ils ajoutent que, dans l’affaire *Ordon*, notre Cour a décidé que ces règles sont au cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires.

[59] Les règles de droit relatives à la négligence en matière maritime font effectivement partie du cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires : *Ordon*, par. 84. Une loi provinciale d’application générale ne doit pas avoir pour effet de réglementer indirectement un aspect de ces règles, par exemple l’éventail des demandeurs éventuels dans une action en négligence en matière maritime : *Ordon*, par. 85. L’article 44 de la *WHSCA*, une loi provinciale d’application générale, empêche les successions Ryan de se prévaloir du droit d’action en négligence en matière maritime que leur reconnaît le par. 6(2) de la *LRMM*. En modifiant

trenches on the core of the federal power over navigation and shipping. The first prong of the test is therefore met.

[60] However, we conclude that the second prong of the test is not met as s. 44 of the *WHSCA* does not impair the exercise of the federal power over navigation and shipping. At para. 45 of *COPA*, McLachlin C.J. described impairment as suggesting

an impact that not only affects the core federal power, but does so in a way that seriously or significantly trammels the federal power. In an era of cooperative, flexible federalism, application of the doctrine of interjurisdictional immunity requires a significant or serious intrusion on the exercise of the federal power. It need not paralyze it, but it must be serious.

[61] Parliament’s exclusive legislative jurisdiction over navigation and shipping is broad: *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; and *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (P.C.). It “encompasses those aspects of navigation and shipping that engage national concerns which must be uniformly regulated across the country, regardless of their territorial scope” (*Tessier*, at para. 22), and includes “maritime law which establishes the framework of legal relationships arising out of navigation and shipping activities” and “the infrastructure of navigation and shipping activities”: *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 62.

[62] Although s. 44 of the *WHSCA* has the effect of regulating a maritime negligence law issue, it neither alters the uniformity of Canadian maritime law nor restricts Parliament’s ability to determine who may possess a cause of action under the *MLA*.

ainsi l’éventail des demandeurs susceptibles d’exercer ce droit d’action conféré par la loi, l’art. 44 de la *WHSCA* empiète sur le cœur de la compétence fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires. Par conséquent, il est satisfait au premier volet de l’analyse.

[60] Cependant, nous concluons que le second volet de l’analyse n’est pas respecté, puisque l’art. 44 de la *WHSCA* n’entrave pas l’exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Dans l’arrêt *COPA*, la juge en chef McLachlin a défini ainsi le terme « entrave », au par. 45 :

[Ce terme] suppose une incidence qui non seulement touche le cœur de la compétence fédérale, mais le touche d’une façon qui porte à la compétence fédérale une atteinte grave ou importante. Dans cette époque de fédéralisme coopératif souple, l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences exige un empiètement important ou grave sur l’exercice de la compétence fédérale. Il n’est pas nécessaire que l’empiètement paralyse la compétence, mais il doit être grave.

[61] Le pouvoir exclusif du Parlement de légiférer sur la navigation et les bâtiments ou navires est vaste : *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; et *Montreal City c. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (C.P.). Il « englobe les aspects de la navigation et des bâtiments ou navires qui se rapportent à des objets nationaux exigeant une réglementation uniforme dans tout le pays, sans égard à leur portée territoriale » (*Tessier*, par. 22), et s’étend au « droit maritime, qui établit le cadre des relations juridiques découlant des activités propres à la navigation et aux bâtiments ou navires » et « à l’infrastructure des activités liées à la navigation et aux bâtiments et navires » : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 62.

[62] Bien que l’art. 44 de la *WHSCA* ait pour effet de réglementer un aspect des règles de droit relatives à la négligence en matière maritime, il n’altère pas l’uniformité du droit maritime canadien, ni ne limite le pouvoir du Parlement de

Despite their inability to initiate the maritime negligence action provided for by s. 6(2) of the *MLA*, parties in the position of the Ryan Estates still receive compensation for the accident in question (albeit through a different mechanism and from a different source).

[63] That s. 44 of the *WHSCA* does not impair the federal power over navigation and shipping is further illustrated by the fact that workers' compensation schemes have been applied to the maritime context for nearly a century, starting with the Privy Council's 1919 decision in *Canadian Pacific Railway*. See also *Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. v. Bruneau*, [1924] S.C.R. 168; *Bonavista Cold Storage Co. v. Walters* (1959), 20 D.L.R. (2d) 744 (Ex. Ct.); *Paré v. Rail & Water Terminal (Quebec) Inc.*, [1978] 1 F.C. 23 (T.D.); and *Laboucane v. Brooks*, 2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20.

[64] We acknowledge that this Court in *Ordon* held that interjurisdictional immunity applies where a provincial statute of general application has the effect of indirectly regulating a maritime negligence law issue. However, *Ordon* predates *Canadian Western Bank* and *COPA*, which clarified the two-step test for interjurisdictional immunity and set the necessary level of intrusion into the relevant core at "impairs" instead of "affects". Accordingly, *Ordon* does not apply the two-step test for interjurisdictional immunity developed in *Canadian Western Bank* and *COPA* nor the notion of impairment of the federal core which is now necessary to trigger the application of interjurisdictional immunity: see *Ordon*, at para. 81. Although s. 44 of the *WHSCA* may affect the exercise of the federal power over navigation and shipping, this level of intrusion into the federal power is insufficient to trigger interjurisdictional immunity. The intrusion of s. 44 is not significant or serious when one considers the breadth of the federal power over navigation and shipping, the absence of an impact on the uniformity of Canadian maritime law, and the historical application of workers' compensation schemes in the maritime

décider qui dispose d'une cause d'action sous le régime de la *LRMM*. Même s'il leur est impossible d'intenter une action en négligence en matière maritime en vertu du par. 6(2) de la *LRMM*, les parties se trouvant dans la situation des successions Ryan obtiennent néanmoins une indemnité pour les accidents les touchant (quoique d'une source différente et par l'entremise d'un autre mécanisme).

[63] Le fait que l'art. 44 de la *WHSCA* n'entrave pas l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires ressort également de l'application quasi centenaire des régimes d'indemnisation des accidents du travail au secteur maritime, soit depuis l'arrêt rendu en 1919 par le Conseil privé dans l'affaire *Canadian Pacific Railway*. Voir également *Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. c. Bruneau*, [1924] R.C.S. 168; *Bonavista Cold Storage Co. c. Walters* (1959), 20 D.L.R. (2d) 744 (C. de l'Éch.); *Paré c. Rail & Water Terminal (Quebec) Inc.*, [1978] 1 C.F. 23 (1^{re} inst.); et *Laboucane c. Brooks*, 2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20.

[64] Nous reconnaissons que, dans l'arrêt *Ordon*, notre Cour a jugé que la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique lorsqu'une loi provinciale d'application générale a pour effet de régler indirectement un aspect des règles de droit relatives à la négligence en matière maritime. Toutefois, cet arrêt a précédé les affaires *Banque canadienne de l'Ouest* et *COPA*, où la Cour a précisé l'analyse à deux volets concernant l'exclusivité des compétences et indiqué que l'empiètement reproché devait non seulement « toucher » le cœur de la compétence en cause mais « entraver » l'exercice de celle-ci. Par conséquent, ni l'analyse élaborée dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *COPA*, ni le degré d'empiètement requis aujourd'hui pour déclencher l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences n'ont été appliqués dans *Ordon* : voir *Ordon*, par. 81. Quoique l'art. 44 de la *WHSCA* puisse toucher l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, ce degré d'empiètement sur la compétence fédérale en question ne suffit pas pour que s'applique la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'empiètement causé par l'art. 44 ne saurait être considéré important ou grave si

context. For these reasons, s. 44 of the *WHSCA* does not impair the federal power over navigation and shipping. Interjurisdictional immunity does not apply here. We must now consider the doctrine of federal paramountcy that the Ryan Estates also invoke.

(2) Federal Paramountcy

[65] According to the doctrine of federal paramountcy, “when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation, the federal legislation must prevail and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent of the incompatibility”: *Canadian Western Bank*, at para. 69. Federal paramountcy applies “not only to cases in which the provincial legislature has legislated pursuant to its ancillary power to trench on an area of federal jurisdiction, but also to situations in which the provincial legislature acts within its primary powers, and Parliament pursuant to its ancillary powers”: *Canadian Western Bank*, at para. 69.

[66] Federal paramountcy applies where there is an inconsistency between a valid federal legislative enactment and a valid provincial legislative enactment. The doctrine does not apply to an inconsistency between the common law and a valid legislative enactment. This is unlike interjurisdictional immunity, which protects the core of the “exclusive classes of subject” created by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* even if the relevant legislative authority has yet to be exercised: *Canadian Western Bank*, at para. 34. The Chief Justice contrasted the two doctrines in *COPA*:

l’on tient compte de l’étendue de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, de l’absence de répercussions sur l’uniformité du droit maritime canadien et de l’application de longue date des régimes d’indemnisation des accidents du travail dans le secteur maritime. Pour ces raisons, l’art. 44 de la *WHSCA* n’entrave pas l’exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, et la doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’applique pas en l’espèce. Nous devons maintenant nous pencher sur l’autre doctrine invoquée par les successions Ryan, celle de la prépondérance fédérale.

(2) Prépondérance fédérale

[65] Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, « lorsque les effets d’une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l’incompatibilité » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 69. La doctrine s’applique « non seulement dans les cas où la législature provinciale a légiféré en vertu de son pouvoir accessoire d’empiéter dans un domaine de compétence fédérale, mais aussi dans les situations où la législature provinciale agit dans le cadre de ses compétences principales et le Parlement fédéral en vertu de ses pouvoirs accessoires » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 69.

[66] La doctrine de la prépondérance fédérale s’applique lorsqu’il existe une incompatibilité entre un texte de loi fédéral valide et un texte de loi provincial lui aussi valide. Par ailleurs, elle ne s’applique pas en cas d’incompatibilité entre la common law et un texte de loi valide. Il s’agit là d’une différence par rapport à la doctrine de l’exclusivité des compétences, laquelle protège le contenu essentiel des « catégories exclusives de sujets » établies par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, même si le pouvoir de légiférer pertinent n’a pas encore été exercé : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 34. La Juge en chef a fait la distinction suivante entre ces deux doctrines dans l’arrêt *COPA* :

Unlike interjurisdictional immunity, which is concerned with the *scope* of the federal power, paramountcy deals with the way in which that power is *exercised*. Paramountcy is relevant where there is conflicting federal and provincial legislation. [Emphasis in original; para. 62.]

[67] In *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, Beetz J. considered that federal paramountcy may apply to an inconsistency between a valid provincial legislative enactment and a rule of the common law in a field of federal jurisdiction. But, we are aware of no case in which the doctrine was applied to common law. *Bisaillon* itself was a case which essentially raised issues of interjurisdictional immunity. Moreover, *Bisaillon* does not include a reference to the leading case on federal paramountcy at the time: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, where Dickson J. stated that “the doctrine of paramountcy applies where there is a federal law and a provincial law which are (1) each valid and (2) inconsistent” (p. 168). This Court’s subsequent jurisprudence has affirmed this formulation of the test for federal paramountcy: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 151; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, at pp. 215-16; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 11; *Canadian Western Bank*, at para. 69; *Lafarge Canada Inc.*, at para. 76; *COPA*, at para. 62.

[68] The validity of the two legislative enactments relevant in this appeal is not disputed. At issue is whether they are inconsistent. Inconsistency can arise from two different forms of conflict between the federal and provincial legislation: *COPA*, at para. 64. The first is described by Dickson J. in *Multiple Access Ltd.*, at p. 191, where he stated:

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

Contrairement à la doctrine de l’exclusivité des compétences, laquelle se rapporte à la *portée* de la compétence fédérale, celle de la prépondérance fédérale se rapporte à la façon dont la compétence est *exercée*. La doctrine de la prépondérance est pertinente lorsqu’un conflit oppose une loi fédérale à une loi provinciale. [En italique dans l’original; par. 62.]

[67] Dans *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, le juge Beetz a estimé que la doctrine de la prépondérance fédérale peut s’appliquer en cas d’incompatibilité entre une mesure législative provinciale valide et une règle de common law portant sur un domaine de compétence fédérale. Cependant, nous ne connaissons aucune décision où la doctrine aurait été appliquée à la common law. L’arrêt *Bisaillon* lui-même était une affaire soulevant essentiellement des questions relatives à l’exclusivité des compétences. Qui plus est, il n’est fait aucune mention dans *Bisaillon* de l’arrêt de principe sur la prépondérance fédérale à l’époque : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, dans lequel le juge Dickson a déclaré que « la doctrine de la prépondérance fédérale s’applique lorsqu’il y a une loi fédérale et une loi provinciale qui sont (1) toutes deux valides et (2) incompatibles » (p. 168). La jurisprudence subséquente de notre Cour a confirmé cet énoncé du critère d’application de la doctrine de la prépondérance fédérale : *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 151; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, p. 215-216; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 11; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 69; *Lafarge Canada Inc.*, par. 76; *COPA*, par. 62.

[68] La validité des deux textes de loi en cause dans le présent pourvoi n’est pas contestée. La question en litige est de savoir si ces textes sont incompatibles. L’incompatibilité entre une loi fédérale et une loi provinciale peut résulter de deux formes différentes de conflit : *COPA*, par. 64. La première a été décrite ainsi par le juge Dickson dans l’arrêt *Multiple Access Ltd.*, p. 191 :

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

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.

Where the federal statute says “yes” and the provincial statute says “no”, or vice versa, compliance with one statute means a violation of the other statute. It is the archetypical operational conflict.

[69] The second form of conflict is when the provincial law frustrates the purpose of the federal law: *Bank of Montreal; Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.; Canadian Western Bank*, at para. 73. The “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”: *Canadian Western Bank*, at para. 74. Courts must not forget the fundamental rule of constitutional interpretation: “. . . [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. The “standard for invalidating provincial legislation on the basis of frustration of federal purpose is high; permissive federal legislation, without more, will not establish that a federal purpose is frustrated when provincial legislation restricts the scope of the federal permission”: *COPA*, at para. 66.

[70] We are of the view that federal paramountcy does not apply in this case, under a proper interpretation of the *MLA*.

[71] The appellants argue (and the dissenting Court of Appeal judge agreed) that no conflict arises between the provincial and federal statutes because the latter does not grant a right of action to the Ryan Estates in the circumstances of this case. Under s. 6(2) of the *MLA*, dependants “may” start an action only if the person died “under circumstances

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.

Lorsque la loi fédérale dit « oui » et que la loi provinciale dit « non », ou vice versa, l’observation d’une loi entraîne la violation de l’autre. C’est l’archétype du conflit d’application.

[69] La deuxième forme de conflit survient lorsque la loi provinciale entrave la réalisation de l’objectif de la loi fédérale : *Banque de Montréal; Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Rothmans, Benson & Hedges Inc.; Banque canadienne de l’Ouest*, par. 73. Le « 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 » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 74. Les tribunaux ne doivent pas perdre de vue la règle d’interprétation constitutionnelle fondamentale selon laquelle « [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. La « norme d’invalidation d’une loi provinciale au motif qu’elle entrave la réalisation de l’objet fédéral est élevée; 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 » : *COPA*, par. 66.

[70] À notre avis, suivant l’interprétation qu’il convient de donner à la *LRMM*, la prépondérance fédérale ne s’applique pas en l’espèce.

[71] Les appelants font valoir (et la juge dissidente de la Cour d’appel est d’accord sur ce point) qu’il n’existe pas de conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale, parce que cette dernière ne confère pas de droit d’action aux successions Ryan dans les circonstances de l’espèce. Aux termes du par. 6(2) de la *LRMM*, les personnes à charge « peuvent »

that would have entitled the person, if not deceased, to recover damages”.

[72] On its face, s. 6(2) of the *MLA* deals with tort. It concerns a claim of negligence under Canadian maritime law. When read in the context of the preceding sections of the *MLA*, it becomes clear that the enactment of s. 6(2) was directed at filling a gap in the maritime tort regime identified by this Court in *Ordon*.

[73] Damages in fatal accident claims were historically restricted to pecuniary loss: *Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93; and *Ordon*, at paras. 51-57 and 98. In *Ordon*, this Court extended the common law to allow maritime fatal accident claims brought by dependants to include damages for loss of guidance, care and companionship, and to allow claims to be brought by dependants of persons injured but not killed in maritime accidents: paras. 98-103. None of these claims were available under the *Canada Shipping Act*. Parliament codified these reforms in s. 6 of the *MLA*. Section 4 of the *MLA* went further and expanded the class of eligible dependants in maritime accident claims to include siblings, a reform which this Court refused to make: see *Ordon*, at para. 106.

[74] Section 5 of the *MLA* states that Part 1 of the statute, in which s. 6(2) is located,

applies in respect of a claim that is made or a remedy that is sought under or by virtue of Canadian maritime law, as defined in the *Federal Courts Act*, or any other law of Canada in relation to any matter coming within the class of navigation and shipping.

intenter une action seulement si la victime est décédée « dans des circonstances qui, si le décès n’était pas résulté, lui auraient donné le droit de réclamer des dommages-intérêts ».

[72] À première vue, le par. 6(2) de la *LRMM* est une disposition portant sur la responsabilité délictuelle. Il concerne les actions en négligence fondées sur le droit maritime canadien. Si on interprète cette disposition en corrélation avec celles qui la précèdent, il devient évident que son adoption visait à combler une lacune du régime de responsabilité délictuelle en matière maritime qu’avait relevée la Cour dans l’affaire *Ordon*.

[73] Historiquement, les dommages-intérêts accordés à la suite d’accidents mortels ne visaient que les pertes pécuniaires : *Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., ch. 93; et *Ordon*, par. 51-57 et 98. Dans cet arrêt, la Cour a élargi la portée des règles de common law, d’une part pour permettre aux personnes à charge des victimes d’accidents de navigation mortels d’intenter des actions en dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie, et, d’autre part pour autoriser les personnes à charge de personnes ayant seulement été blessées dans un accident de navigation, de présenter des demandes de réparation du préjudice résultant de leurs blessures : par. 98-103. Aucun de ces recours n’était ouvert sous le régime de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Le Parlement a codifié ces réformes à l’art. 6 de la *LRMM*. L’article 4 de la *LRMM* est allé plus loin et a élargi la catégorie de personnes à charge admises à réclamer des dommages-intérêts en cas d’accidents de navigation mortels, afin d’y inclure les frères et sœurs, une modification que notre Cour avait refusé d’apporter : voir *Ordon*, par. 106.

[74] Selon l’art. 5 de la *LRMM*, la partie 1 de cette loi, dans laquelle figure le par. 6(2),

s’applique à toute mesure de redressement demandée et à toute réclamation présentée sous le régime du droit maritime canadien, au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*, ou au titre de toute autre règle de droit canadien liée à la navigation et à la marine marchande.

[75] Read together with s. 5 of the *MLA*, it is clear that s. 6(2) provides a cause of action to the dependants of a person who dies by the fault or negligence of others in a maritime context that is to be adjudicated under Canadian maritime law. However, we conclude that s. 6(2) of the *MLA*, read in light of the broader statutory context, makes room for the operation of provincial workers' compensation schemes.

[76] In our view, the *WHSCA* and the *MLA* can operate side by side without conflict. Indeed, s. 6(2) of the *MLA* provides that a dependant may bring a claim “under circumstances that would have entitled the person, if not deceased, to recover damages”. We agree with Welsh J.A. at the Court of Appeal that this language suggests that there are situations where a dependant is not allowed to bring an action pursuant to s. 6(2) of the *MLA*. Such a situation occurs where a statutory provision — such as s. 44 of the *WHSCA* — prohibits litigation because compensation has already been awarded under a workers' compensation scheme.

[77] Under the modern approach to statutory interpretation, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26. Taking this approach, the text of s. 6(2) accommodates the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA*. The Ryan brothers' death occurred “under circumstances” that would have *disentitled* them from recovering damages “if not deceased” because, had they lived, s. 44 of the *WHSCA* would have applied. The Ryan Estates received compensation — and therefore became subject to the statutory bar in s. 44 — because the Ryan brothers succumbed to an injury for which they would have received compensation had they lived: s. 43(1) of the *WHSCA*. If the Ryan brothers had received compensation, the statutory bar in

[75] Interprété en corrélation avec l'art. 5 de la *LRMM*, le par. 6(2) confère clairement une cause d'action aux personnes à la charge d'une personne qui, en raison de la faute ou de la négligence d'autrui, a perdu la vie dans un accident de navigation assujetti au droit maritime canadien. Cependant, nous concluons que, considéré à la lumière du contexte législatif dans son ensemble, le par. 6(2) ne fait pas obstacle à l'application de régimes provinciaux d'indemnisation des accidents du travail.

[76] À notre avis, la *WHSCA* et la *LRMM* peuvent coexister sans conflit. D'ailleurs, le par. 6(2) de la *LRMM* précise que les personnes à charge peuvent intenter une action « dans des circonstances qui, si le décès n'en était pas résulté, [. . .] auraient donné [à la victime] le droit de réclamer des dommages-intérêts ». À l'instar de la juge Welsh de la Cour d'appel, nous estimons que ce texte tend à indiquer qu'il existe des situations où une personne à charge n'est pas autorisée à intenter une action en vertu du par. 6(2) de la *LRMM*. C'est le cas lorsqu'une disposition législative — tel l'art. 44 de la *WHSCA* — interdit les poursuites au motif qu'une indemnité a déjà été versée au titre d'un régime d'indemnisation des accidents du travail.

[77] Conformément à la méthode moderne d'interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26. Si l'on applique cette méthode, le texte du par. 6(2) est compatible avec l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 de la *WHSCA*. Les frères Ryan sont décédés « dans des circonstances » qui, « si le[ur] décès n'en était pas résulté », *ne leur auraient pas donné le droit* de réclamer des dommages-intérêts, car l'art. 44 de la *WHSCA* se serait alors appliqué. Les successions Ryan ont touché des indemnités — et sont donc devenues assujetties à l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 —, pour le motif que les frères Ryan ont succombé à des blessures dont ils auraient été indemnisés s'ils avaient survécu : par. 43(1).

s. 44 would have applied to them for the same reasons that the Commission concluded it applied to the Ryan Estates. The application of s. 44 to the Ryan brothers, had they lived, means that their dependants have no recourse to s. 6(2) of the *MLA*. On this reading, there is no conflict between the two statutes.

[78] Had the Ryan brothers survived, neither inter-jurisdictional immunity nor federal paramountcy would apply so as to render the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA* constitutionally inapplicable or inoperative. Interjurisdictional immunity would not apply for the same reasons that it does not apply to the circumstances of this appeal. As discussed earlier, federal paramountcy only applies where there is an inconsistency between two valid legislative enactments — one federal and one provincial. It does not apply to an inconsistency between the common law and a valid provincial legislative enactment. Accordingly, if the Ryan brothers had survived and sought damages in tort, federal paramountcy would not have applied to render the statutory bar in s. 44 inoperative.

[79] An 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. Although it is evident that Parliament enacted the *MLA* to expand the maritime tort regime, two additional factors demonstrate that the *MLA* and workers' compensation schemes — federal and provincial — are meant to operate harmoniously.

[80] First, an interpretation of s. 6(2) of the *MLA* that makes room for s. 44 of the *WHSCA* ensures consistency with the two federal workers' compensation schemes described earlier: the *GECA* and the

S'ils avaient touché des indemnités, l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 se serait appliquée à eux, et ce, pour les mêmes raisons qu'elle s'applique à leurs successions, raisons qu'a précisées la Commission. Comme l'art. 44 se serait appliqué aux frères Ryan s'ils avaient survécu, les personnes à leur charge ne peuvent se prévaloir du par. 6(2) de la *LRMM*. Suivant cette interprétation, il n'existe donc aucun conflit entre les deux lois.

[78] Si les frères Ryan avaient survécu, ni la doctrine de l'exclusivité des compétences ni celle de la prépondérance fédérale ne s'appliqueraient et auraient pour effet de rendre l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 de la *WHSCA* inapplicable et inopérante. La première ne s'appliquerait pas, et ce, pour les mêmes raisons qu'elle ne s'applique pas aux circonstances du présent pourvoi. Comme il a été expliqué plus tôt, la doctrine de la prépondérance fédérale s'applique uniquement lorsqu'il y a incompatibilité entre deux textes de loi valides — l'un fédéral, l'autre provincial. Cette doctrine ne s'applique pas en présence d'une incompatibilité entre la common law et un texte de loi provincial valide. Par conséquent, si les frères Ryan avaient survécu et intenté une action en responsabilité délictuelle pour obtenir des dommages-intérêts, la doctrine de la prépondérance fédérale ne se serait pas appliquée et n'aurait pas rendu inopérante l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44.

[79] 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. Bien que le Parlement ait de toute évidence édicté la *LRMM* afin d'élargir le champ d'application du régime de responsabilité délictuelle en matière maritime, deux facteurs additionnels démontrent que la *LRMM* et les régimes d'indemnisation des accidents du travail — fédéraux et provinciaux — sont censés s'appliquer de manière harmonieuse.

[80] Premièrement, le fait d'interpréter le par. 6(2) de la *LRMM* de façon à permettre l'application de l'art. 44 de la *WHSCA* constitue une solution cohérente avec les deux régimes fédéraux

MSCA. The dependants of a deceased employee covered by the *GECA* could not sue Her Majesty under s. 6(2) of the *MLA* if the employee's death occurred in a maritime context. Indeed, s. 12 of the *GECA* bars any claim against Her Majesty. Likewise, the dependants of a deceased employee that falls under the *MSCA* and are therefore entitled to compensation under that Act could not bring a claim under s. 6(2) of the *MLA* due to the statutory bar in s. 13 of the *MSCA*.

[81] There is a presumption that Parliament does not enact related statutes that are inconsistent with one another: *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489, at paras. 38 and 61; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 7. It would be inconsistent for Parliament to enact statutory bars in the *GECA* and the *MSCA* that do not preclude a negligence action under s. 6(2) of the *MLA*. These provisions must be interpreted harmoniously. Section 6(2) of the *MLA*, which allows dependants of a deceased person to sue if the death occurred “under circumstances that would have entitled” the deceased to recover damages if he or she had lived, can exist alongside the *GECA* and the *MSCA* without inconsistency if interpreted to mean that the application of a statutory bar in a workers' compensation scheme is a circumstance that disentitles the deceased person from being able to recover damages. If this Court were to conclude that s. 6(2) of the *MLA* did not accommodate the statutory bar in s. 44 of the *WHSCA*, it would necessarily be saying that s. 6(2) of the *MLA* also does not accommodate the statutory bars in the *GECA* and the *MSCA*. Based on the presumption of consistency, this cannot be.

d'indemnisation des accidents du travail décrits précédemment : la *LIAÉ* et la *LIMM*. En effet, les personnes à charge d'un agent de l'État visé par la *LIAÉ* ne peuvent poursuivre Sa Majesté en vertu du par. 6(2) de la *LRMM* si l'agent de l'État a perdu la vie dans un contexte maritime. De fait, l'art. 12 de la *LIAÉ* interdit tout recours contre Sa Majesté. De même, les personnes qui sont à la charge d'un employé décédé relevant de la *LIMM* et qui ont en conséquence droit à des indemnités sous le régime de cette loi ne peuvent intenter de poursuites fondées sur le par. 6(2) de la *LRMM* en raison de l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 13 de la *LIMM*.

[81] Il existe une présomption selon laquelle le Parlement n'édicte pas de lois connexes incompatibles : *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489, par. 38 et 61; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 7. Il serait illogique que le Parlement édicte dans la *LIAÉ* et la *LIMM* des interdictions légales de poursuivre ne faisant pas obstacle à une action en négligence fondée sur le par. 6(2) de la *LRMM*. Ces dispositions doivent être interprétées de manière harmonieuse. Le paragraphe 6(2) de la *LRMM* — qui autorise les personnes à charge d'une personne décédée à intenter une poursuite si le décès est survenu « dans des circonstances qui [. . .] auraient donné le droit » à la victime de réclamer des dommages-intérêts si elle avait survécu, peut coexister avec la *LIAÉ* et la *LIMM*, sans qu'il y ait incompatibilité, si l'on suppose que l'existence d'une interdiction légale de poursuivre dans un régime d'indemnisation des accidents du travail constitue une circonstance qui aurait empêché la victime de réclamer des dommages-intérêts si elle n'était pas décédée. Si la Cour concluait à l'incompatibilité du par. 6(2) de la *LRMM* avec l'interdiction légale de poursuites prévue à l'art. 44 de la *WHSCA*, elle se trouverait par le fait même à affirmer que le par. 6(2) n'est pas non plus compatible avec les interdictions légales de poursuites prévues par la *LIAÉ* et la *LIMM*. Compte tenu de la présomption de cohérence des lois fédérales, cela ne saurait être le cas.

[82] Second, the *WHSCA* and the *MLA* are distinct in purpose and nature: the first provides no-fault insurance benefits for workplace-related injury and the second is a statutory tort regime. In *Workers' Compensation Appeal Board v. Penney* (1980), 38 N.S.R. (2d) 623 (C.A.), Jones J.A. stated that “the principles of tort law have no application to workmen’s compensation legislation” (para. 13). In *Ferneyhough v. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)*, 2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76, Cromwell J.A. (as he then was) considered that statement:

Of course, one of the purposes of a workers’ compensation scheme is to take compensation for work injury and occupational disease out of the fault based tort system. Concepts such as “fault” and “damages”, so central to tort law, are not consistent with the purposes of the workers’ compensation scheme. It was in this general sense that Jones, J.A., stated that tort law principles do not apply to the workers’ compensation system. [para. 15]

More recently, Cromwell J.A. stated that “[t]he overall purpose of workers’ compensation legislation is to take decisions about compensation for workplace injuries out of the tort system and out of the courts”: *Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) v. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390, at para. 20.

[83] The *WHSCA* removes compensation for workplace injury from the tort system, of which the *MLA* is a part. This is accomplished by the statutory bar in s. 44, which takes away a worker’s right to sue in tort. The *WHSCA* is “a comprehensive scheme for resolving workers’ compensation disputes” in Newfoundland and Labrador, “notably by barring access to the courts in cases covered

[82] Deuxièmement, la *WHSCA* et la *LRMM* se distinguent par leur objet et par leur nature : la première permet le versement d’une indemnité d’assurance sans égard à la responsabilité pour des accidents du travail, alors que la seconde constitue un régime légal de responsabilité délictuelle. Dans *Workers' Compensation Appeal Board c. Penney* (1980), 38 N.S.R. (2d) 623 (C.A.), le juge Jones a affirmé que [TRADUCTION] « les principes du droit de la responsabilité délictuelle ne s’appliquent pas aux régimes légaux d’indemnisation des accidents du travail » (par. 13). Dans *Ferneyhough c. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)*, 2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76, le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour) a examiné cette affirmation :

[TRADUCTION] Bien sûr, l’un des objectifs des régimes d’indemnisation des accidents du travail est d’exclure l’indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles du champ d’application du régime de la responsabilité délictuelle fondée sur la faute. Des notions telles que « faute » et « dommages-intérêts », par ailleurs si essentielles au droit de la responsabilité délictuelle, ne sont pas compatibles avec les objectifs d’un régime d’indemnisation des accidents du travail. C’est dans cette optique générale que le juge Jones a affirmé que les principes du droit de la responsabilité délictuelle ne s’appliquaient pas au régime d’indemnisation des accidents du travail. [par. 15]

Quelques années plus tard, le juge Cromwell a déclaré que [TRADUCTION] « [l]’objectif général des lois sur les accidents du travail consiste à soustraire les décisions relatives à l’indemnisation de ces accidents au champ d’application du régime de la responsabilité délictuelle et à l’autorité des tribunaux judiciaires » : *Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) c. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390, par. 20.

[83] La *WHSCA* exclut l’indemnisation des accidents du travail du champ d’application du régime de la responsabilité délictuelle, régime dont fait partie la *LRMM*. Elle réalise cet objectif au moyen de l’interdiction légale de poursuites prévue par l’art. 44, qui retire aux travailleurs le droit d’intenter des poursuites en responsabilité délictuelle. La *WHSCA* est « un régime complet de règlement des

by the Act”: *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 52. As such, for the purposes of s. 6(2) of the *MLA*, a deceased worker whose dependants are entitled to compensation under the *WHSCA* is a person who died “under circumstances” that would not have entitled the worker to recover damages if he or she had lived.

[84] As to whether federal paramountcy applies on the basis of the *WHSCA* frustrating a federal purpose, s. 6(2) of the *MLA* was enacted to expand the range of claimants who could start an action in maritime negligence law. The *WHSCA*, which establishes a no-fault regime to compensate for workplace-related injury, does not frustrate that purpose. It simply provides for a different regime for compensation that is distinct and separate from tort. Moreover, the language in s. 6(2) of the *MLA* is permissive; a dependant “may” bring an action. The high standard for applying paramountcy on the basis of the frustration of a federal purpose is not met here. Indeed, applying the statutory bar and ensuring a consistent application of the workers’ compensation schemes at the federal and provincial levels appears to reflect the long-standing intention of Parliament through the development of these schemes.

V. Conclusion

[85] Section 44 of the *WHSCA* applies on the facts of this case. Interjurisdictional immunity and federal paramountcy do not apply in this case. Section 44 of the *WHSCA* is therefore applicable and operative. The appeal is allowed. The Ryan Estates’ claims are barred by s. 44 of the *WHSCA*

différents relatifs à l’indemnisation des accidentés du travail » à Terre-Neuve-et-Labrador, « interdisant, notamment, l’accès aux tribunaux judiciaires dans les cas visés par la Loi » : *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 52. Dans ces circonstances, un travailleur décédé dont les personnes à charge ont droit à une indemnité sous le régime de la *WHSCA* constitue, pour l’application du par. 6(2) de la *LRMM*, une personne ayant perdu la vie « dans des circonstances » qui ne lui auraient pas donné le droit de réclamer des dommages-intérêts si elle avait survécu.

[84] Quant à la question de savoir si la doctrine de la prépondérance fédérale s’applique au motif que la *WHSCA* entrave la réalisation d’un objectif fédéral, signalons que le par. 6(2) de la *LRMM* a été édicté en vue d’élargir la catégorie des personnes admises à intenter une action en négligence fondée sur le droit maritime. La *WHSCA*, qui établit un régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité pour les accidents du travail, n’entrave pas la réalisation de cet objectif. Elle instaure tout simplement un régime d’indemnisation distinct du droit de la responsabilité délictuelle. Qui plus est, le libellé du par. 6(2) de la *LRMM* possède un caractère permissif; une personne à charge « peu[t] » intenter une action. Il n’a pas été satisfait en l’espèce à la norme élevée qui est requise pour que s’applique la doctrine de la prépondérance en cas d’entrave à la réalisation d’un objectif fédéral. En effet, la mise en œuvre de l’interdiction légale de poursuites et le fait d’assurer l’application cohérente des régimes fédéraux et provinciaux d’indemnisation des accidents du travail semblent refléter l’intention manifestée depuis longtemps par le Parlement dans l’élaboration de ces régimes.

V. Conclusion

[85] L’article 44 de la *WHSCA* s’applique eu égard aux faits du présent pourvoi. Toutefois, les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne s’appliquent pas. L’article 44 est donc applicable et opérant. Le pourvoi est accueilli. L’article 44 fait obstacle aux

and their action is dismissed. There will be no order as to costs.

[86] The constitutional questions are answered as follows:

1. Is s. 44 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11, constitutionally inoperative in respect of federal maritime negligence claims made pursuant to s. 6 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, by reason of the doctrine of federal paramountcy?

No.

2. Is s. 44 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11, constitutionally inapplicable to federal maritime negligence claims made pursuant to s. 6 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?

No.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Goodland O'Flaherty, St. John's.

Solicitors for the respondents the Estate of Joseph Ryan et al.: Mills Pittman, Clarenville, Newfoundland and Labrador; Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

réclamations des successions Ryan et leur action est rejetée. Aucune ordonnance ne sera rendue au sujet des dépens.

[86] Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'art. 44 de la loi intitulée *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, est inopérant du point de vue constitutionnel, en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral qui sont présentées en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6?

Non.

2. Est-ce que l'art. 44 de la loi intitulée *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, est inapplicable du point de vue constitutionnel, en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral qui sont présentées en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6?

Non.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Goodland O'Flaherty, St. John's.

Procureurs des intimés la Succession de Joseph Ryan et autres : Mills Pittman, Clarenville, Terre-Neuve-et-Labrador; Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.

Procureur de l'intimé 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.

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 of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Workplace Health, Safety and Compensation Commission: Roebathan, McKay & Marshall, St. John's.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia: Workers' Compensation Board, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Workplace Health, Safety and Compensation Commission : Roebathan, McKay & Marshall, St. John's.

Procureur de l'intervenante Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique : Workers' Compensation Board, Vancouver.

Yannick Payette and Mammoet Canada Eastern Ltd., successor to Mammoet Crane Inc. *Appellants*

v.

Guay inc. *Respondent*

INDEXED AS: PAYETTE v. GUAY INC.

2013 SCC 45

File No.: 34662.

2013: January 23; 2013: September 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Contracts — Restrictive covenants in agreement for sale of assets — Vendor subsequently becoming employee of purchaser under contract of employment — Whether restrictive covenants linked to contract of employment — Whether restrictive covenants reasonable as to their term and their territorial scope — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2095.

G, a commercial enterprise, acquired assets belonging to corporations controlled by P. The agreement for the sale of assets between the parties contained non-competition and non-solicitation clauses. To ensure a smooth transition in operations following the sale, the parties also agreed to include a provision in their agreement in which P undertook to work full time for G as a consultant for six months. The parties also reserved the option of subsequently agreeing on a contract of employment under which P would continue to work for G. At the end of the transitional period, the parties agreed on a contract of employment, originally for a fixed term and subsequently for an indeterminate term. A few years later, G dismissed P without a serious reason. P then started a new job with M, a company that is a competitor of G.

In the Superior Court, G's motion for an injunction compelling P to comply with the restrictive covenants in the agreement for the sale of assets was dismissed. The Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment

Yannick Payette et Mammoet Canada de l'Est Ltée, maintenant aux droits de Mammoet Crane Inc. *Appelants*

c.

Guay inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : PAYETTE c. GUAY INC.

2013 CSC 45

N° du greffe : 34662.

2013 : 23 janvier; 2013 : 12 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Contrats — Clauses restrictives figurant dans une convention de vente d'actifs — Vendeur devenu subseq-
quemment l'employé de l'acheteur en vertu d'un contrat de travail — Les clauses restrictives se rattachent-elles au contrat de travail? — Les clauses restrictives sont-elles raisonnables quant à leur durée et leur portée territoriale? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2095.*

G, une entreprise commerciale, a acquis des actifs appartenant à des sociétés contrôlées par P. La convention de vente d'actifs intervenue entre les parties est assortie de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation. Afin d'assurer une transition harmonieuse des opérations après la vente, les parties ont également convenu d'insérer à leur convention une stipulation précisant que P s'engageait à travailler pour G à temps plein à titre de consultant pendant une période de six mois. Les parties se réservaient en outre la faculté de convenir par la suite d'un contrat de travail en vertu duquel P demeurerait au service de G. À l'expiration de la période transitoire, les parties ont convenu d'un contrat de travail, d'abord à durée déterminée et par la suite à durée indéterminée. Quelques années plus tard, G a congédié P sans motif sérieux. P prend alors un nouvel emploi chez M, une entreprise concurrente de G.

En Cour supérieure, la requête de G sollicitant une ordonnance d'injonction afin d'astreindre P au respect des clauses restrictives de la convention de vente d'actifs est rejetée. La Cour d'appel casse le jugement de la Cour

and ordered a permanent injunction, requiring P and M to comply with the restrictive covenants at issue.

Held: The appeal should be dismissed.

The rules applicable to restrictive covenants relating to employment differ depending on whether the covenants are linked to a contract for the sale of a business or to a contract of employment. The application of different rules in the context of a contract of employment is a response to the imbalance of power that generally characterizes the employer-employee relationship when an individual contract of employment is negotiated, and its purpose is to protect the employee. These rules have no equivalent in the commercial context, since an imbalance of power is not presumed to exist in a vendor-purchaser relationship.

Parties negotiating the sale of assets have greater freedom of contract than parties negotiating a contract of employment, both at common law and in the civil law of Quebec. The rules for restrictive covenants relating to employment do not apply with the same rigour or intensity where the obligations are assumed in the context of a commercial contract. This is especially true where the evidence shows that the parties negotiated on equal terms and were advised by competent professionals, and that the contract does not create an imbalance between them.

To alleviate the imbalance that often characterizes the employer-employee relationship, the Quebec legislature has enacted rules that apply only to contracts of employment and are intended to protect employees. Article 2095 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”) is one of them, and it provides that an employer who has resiliated the contract of employment without a serious reason may not avail him or herself of a stipulation of non-competition. Article 2095 C.C.Q. is applicable to a non-competition clause only if the clause is linked to a contract of employment.

To determine whether a restrictive covenant is linked to a contract for the sale of assets or to a contract of employment, it is important to clearly identify the reason why the covenant was entered into. The “bargain” negotiated by the parties must be considered in light of the wording of the obligations and the circumstances in which they were agreed upon. The goal of the analysis is to identify the nature of the principal obligations under the master agreement and to determine why and for what purpose the accessory obligations of non-competition and non-solicitation were assumed.

supérieure et prononce une ordonnance d’injonction permanente enjoignant à P et à M de respecter les clauses restrictives en cause.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Des règles différentes s’appliquent aux clauses restrictives en matière d’emploi selon qu’elles se rattachent à un contrat de vente d’entreprise ou à un contrat de travail. L’application de règles différentes dans le contexte d’un contrat de travail tient compte du déséquilibre des forces qui marque généralement les rapports employeur-salarié dans la négociation d’un contrat de travail individuel et vise à protéger le salarié. Ces règles n’ont pas d’équivalent en matière commerciale, puisque l’existence d’un déséquilibre des forces dans le contexte d’une relation vendeur-acheteur n’est pas présumée.

Les parties qui négocient une vente d’actifs jouissent d’une plus grande liberté de contracter que les parties négociant un contrat de travail, tant en common law qu’en droit civil québécois. Les règles relatives aux clauses restrictives en matière d’emploi ne s’appliquent pas avec la même rigueur et la même intensité lorsque les obligations sont assumées dans le cadre d’un contrat commercial. C’est particulièrement le cas lorsque la preuve permet de conclure que les parties ont négocié à armes égales, appuyées par des professionnels compétents, et que le contrat n’entraîne pas de déséquilibre entre les parties.

Afin d’atténuer le déséquilibre qui caractérise souvent les rapports entre employeurs et salariés, le législateur québécois a édicté des règles applicables uniquement aux contrats de travail, afin de protéger les salariés. L’article 2095 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») est l’une de ces règles et prévoit qu’un employeur ne peut se prévaloir d’une stipulation de non-concurrence s’il a résilié le contrat d’emploi sans motif sérieux. Seule une clause de non-concurrence se rattachant à un contrat de travail entraîne l’application de l’art. 2095 C.c.Q.

Pour décider si une clause restrictive se rattache à un contrat de vente d’actifs ou à un contrat de travail, il importe de bien cerner la raison pour laquelle cette clause a été établie. Il faut apprécier le « marché » négocié par les parties en tenant compte du libellé des obligations et des circonstances dans lesquelles elles ont été consenties. L’analyse vise à déterminer la nature des obligations principales du contrat-cadre et pour quelle raison et dans quel but les obligations accessoires de non-concurrence et de non-sollicitation ont été assumées.

In this case, in light of the wording of the non-competition and non-solicitation clauses and of the factual context that led to their being accepted, they cannot be dissociated from the contract for the sale of assets. As a result, the scope of these clauses must be interpreted on the basis of the rules of commercial law, and the protection provided for in art. 2095 C.C.Q. does not apply.

In the commercial context, a restrictive covenant is lawful unless it can be established on a balance of probabilities that its scope is unreasonable having regard to the context in which it was negotiated. A non-competition covenant will be found to be reasonable and lawful provided that it is limited, as to its term and to the territory and activities to which it applies, to whatever is necessary for the protection of the legitimate interests of the party in whose favour it was granted. In this case, there is no evidence that the five-year period is unreasonable having regard to the highly specialized nature of the business's activities. Moreover, in light of the unique nature of the crane rental industry, the territory to which the non-competition covenant applies is not broader than is necessary to protect the legitimate interests at issue.

While it is true that in the case of a non-competition covenant, the territory to which the covenant applies must be identified, a determination that a non-solicitation covenant is reasonable and lawful does not generally require a territorial limitation. In this case, the failure to include a territorial limitation in the non-solicitation clause does not support a finding that this clause is unreasonable, which means that it is lawful.

Cases Cited

Referred to: *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 S.C.R. 865; *Groupe Québécois Inc. v. Grégoire* (1988), 15 Q.A.C. 113; *Burnac Corp. v. Les Entreprises Ludco Ltée*, [1991] R.D.I. 304; *Copiscope Inc. v. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.*, 1998 CanLII 12603; *Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée v. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée*, [1992] R.J.Q. 2608; *Allard v. Cloutier* (1919), 29 B.R. 565; *Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. v. Trans-Canada Thermographing Ltd.*, SOQUIJ AZ-92021644; *Papeterie L'Écriteau inc. v. Barbier*, [1998] J.Q. n° 5090 (QL); *Robitaille v. Gestion L. Jalbert inc.*, 2007 QCCA 1052 (CanLII); *World Wide Chemicals Inc. v. Bolduc*, 1991 CarswellQue 1157; *L.E.L. Marketing Ltée v. Otis*, [1989] Q.J. No. 1229 (QL); *Moore Corp. v. Charette* (1987), 19 C.C.E.L. 277.

En l'espèce, compte tenu du libellé des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation et du contexte factuel ayant mené à leur adhésion, elles ne peuvent être dissociées du contrat de vente d'actifs. En conséquence, la portée de ces clauses doit être interprétée en vertu des règles propres au droit commercial et la protection conférée par l'art. 2095 C.c.Q. ne s'applique pas.

Dans un contexte commercial, une clause restrictive est légale à moins que l'on puisse établir, par une preuve prépondérante, qu'elle est déraisonnable quant à sa portée compte tenu du contexte dans lequel elle a été négociée. Un engagement de non-concurrence sera jugé raisonnable et légal à la condition d'être limité, quant à sa durée, à son territoire et aux activités qu'il vise, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de la partie en faveur de laquelle il a été pris. En l'espèce, il n'existe aucun élément de preuve indiquant que la période de cinq ans est déraisonnable compte tenu de la nature très spécialisée des activités de l'entreprise. De plus, vu la nature particulière de l'industrie de la location de grues, le territoire visé par l'engagement de non-concurrence n'excède pas les limites nécessaires pour protéger les intérêts légitimes en cause.

S'il est vrai qu'un engagement de non-concurrence exige la détermination d'un territoire visé, une telle limite n'est pas généralement essentielle au caractère raisonnable et à la légalité d'un engagement de non-sollicitation. En l'espèce, l'omission d'inclure une limite territoriale à la clause de non-sollicitation ne permet pas de conclure au caractère déraisonnable de cette clause, laquelle est donc légale.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865; *Groupe Québécois Inc. c. Grégoire* (1988), 15 Q.A.C. 113; *Burnac Corp. c. Les Entreprises Ludco Ltée*, [1991] R.D.I. 304; *Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.*, 1998 CanLII 12603; *Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée c. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée*, [1992] R.J.Q. 2608; *Allard c. Cloutier* (1919), 29 B.R. 565; *Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. c. Trans-Canada Thermographing Ltd.*, SOQUIJ AZ-92021644; *Papeterie L'Écriteau inc. c. Barbier*, [1998] J.Q. n° 5090 (QL); *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, 2007 QCCA 1052 (CanLII); *World Wide Chemicals Inc. c. Bolduc*, 1991 CarswellQue 1157; *L.E.L. Marketing Ltée c. Otis*, [1989] Q.J. No. 1229 (QL); *Moore Corp. c. Charette* (1987), 19 C.C.E.L. 277.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2089, 2095.

Authors Cited

Béliveau, Nathalie-Anne, et Sébastien LeBel. “Les clauses de non-concurrence en matière d’emploi et en matière de vente d’entreprise: du pareil au même?”, dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011, 113.

Benaroché, Patrick L. “La non-sollicitation: paramètres juridiques applicables en matière d’emploi”, dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 289, *Développements récents sur la non-concurrence*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008, 183.

Bich, Marie-France. “La viduité post-emploi: loyauté, discrétion et clauses restrictives”, dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 243.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Thibault and Morin JJ.A.), 2011 QCCA 2282, [2012] R.J.Q. 51, [2011] J.Q. n° 18658 (QL), 2011 CarswellQue 14220, SOQUIJ AZ-50812630, setting aside a decision of Lemelin J., 2010 QCCS 2756 (CanLII), [2010] J.Q. n° 6099 (QL), 2010 CarswellQue 7487, SOQUIJ AZ-50650070. Appeal dismissed.

Éric Hardy, Pierre Duquette and Vincent Rochette, for the appellants.

Mario Welsh, Gilles Rancourt and Gwenaëlle Thibaut, for the respondent.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2089, 2095.

Doctrine et autres documents cités

Béliveau, Nathalie-Anne, et Sébastien LeBel. « Les clauses de non-concurrence en matière d’emploi et en matière de vente d’entreprise : du pareil au même? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011, 113.

Benaroché, Patrick L. « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d’emploi », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 289, *Développements récents sur la non-concurrence*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008, 183.

Bich, Marie-France. « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 243.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Thibault et Morin), 2011 QCCA 2282, [2012] R.J.Q. 51, [2011] J.Q. n° 18658 (QL), 2011 CarswellQue 14220, SOQUIJ AZ-50812630, qui a infirmé une décision du juge Lemelin, 2010 QCCS 2756 (CanLII), [2010] J.Q. n° 6099 (QL), 2010 CarswellQue 7487, SOQUIJ AZ-50650070. Pourvoi rejeté.

Éric Hardy, Pierre Duquette et Vincent Rochette, pour les appelants.

Mario Welsh, Gilles Rancourt et Gwenaëlle Thibaut, pour l’intimée.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER J. —

I. Overview

[1] Restrictive covenants relating to employment and competition have been an integral part of the civil law for many years now. They generally take the form of non-competition and non-solicitation clauses. In Quebec, both the courts and the legislature have, after acknowledging the underlying rationale for such covenants, placed limits on them.

[2] The interpretation of restrictive covenants requires the application of different rules depending on whether the covenants are found in commercial agreements or in contracts of employment. These rules will be more generous in the commercial context, but much stricter in the context of contracts of employment or service.

[3] The scope of a restrictive covenant depends on the context in which the covenant was negotiated. This has long been recognized in positive law. For example, the legal framework applicable to contracts of employment takes account of the imbalance of power that generally characterizes an employer-employee relationship, and it is designed to protect employees. In relationships between vendors and purchasers in the commercial context, on the other hand, there is ordinarily — with some exceptions — no such imbalance. In such cases, much more flexibility and latitude is required in interpreting restrictive covenants in order to protect freedom of trade and promote the stability of commercial agreements.

[4] This appeal provides a clear illustration of how the scope of a restrictive covenant will vary with the nature of the relationship between the parties to the contract and the context in which the covenant was made. It raises important issues relating to the interpretation of covenants limiting employment and competition that are set out in a contract for the sale of assets that leads, on an accessory basis, to the formation of a contract of employment.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Les clauses restrictives en matière d'emploi et de concurrence font partie intégrante du droit civil depuis de nombreuses années. Elles prennent généralement la forme de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, et tant le droit prétorien que le législateur du Québec en ont cerné les limites après en avoir reconnu les fondements.

[2] Selon que ces clauses se trouvent dans une entente commerciale ou dans un contrat de travail, leur interprétation commande l'application de règles distinctes. Ces règles seront plus généreuses en matière commerciale, mais par contre beaucoup plus strictes en matière d'emploi ou de louage de services.

[3] La portée des clauses restrictives est fonction du contexte dans lequel elles ont été négociées. Cette réalité est depuis longtemps reconnue en droit positif. À titre d'exemple, le cadre juridique applicable aux contrats de travail tient compte du déséquilibre des forces qui marque généralement les rapports entre employeurs et salariés, et il vise à protéger ces derniers. Toutefois, sauf exception, un tel déséquilibre est normalement absent des relations entre vendeurs et acheteurs en matière commerciale. Dans de tels cas, l'interprétation des clauses restrictives requiert beaucoup plus de souplesse et de latitude, de manière à protéger la liberté de commerce et à favoriser la stabilité des ententes commerciales.

[4] Le présent pourvoi illustre bien la portée différente que revêt une clause restrictive selon la nature de la relation des cocontractants en cause et le contexte dans lequel cette clause a été établie. Il soulève d'importantes questions relativement à l'interprétation des clauses limitant l'emploi et la concurrence lorsqu'elles figurent dans un contrat de vente d'actifs qui entraîne, à titre accessoire, la formation d'un contrat de travail.

[5] In *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, Dickson J. commented eloquently on the importance of distinguishing the scope of a restrictive covenant linked to a commercial agreement from the scope of one linked to a contract of employment:

The distinction made in the cases between a restrictive covenant contained in an agreement for the sale of a business and one contained in a contract of employment is well-conceived and responsive to practical considerations. A person seeking to sell his business might find himself with an unsaleable commodity if denied the right to assure the purchaser that he, the vendor, would not later enter into competition. Difficulty lies in definition of the time during which, and the area within which, the non-competitive covenant is to operate, but if these are reasonable, the courts will normally give effect to the covenant.

A different situation, at least in theory, obtains in the negotiation of a contract of employment where an imbalance of bargaining power may lead to oppression and a denial of the right of the employee to exploit, following termination of employment, in the public interest and in his own interest, knowledge and skills obtained during employment. [p. 924]

[6] The appeal in the instant case concerns the system of rules applicable to the agreement between the parties. If the contract at issue is a contract of employment, the specific rules provided for by the legislature in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), in respect of such contracts apply. If it is a contract for the sale of assets, those specific rules do not apply. To determine whether the restrictive covenants must be interpreted in light of the rules applicable to commercial contracts or the rules applicable to contracts of employment, it will be helpful to clearly identify the reason why the covenants were negotiated by considering, *inter alia*, their wording as well as their context.

[7] In this case, the appellants’ principal submission is that the respondent cannot avail itself of the restrictive covenants at issue, because it dismissed the appellant Payette without a serious reason in

[5] L’importance de distinguer la portée des clauses restrictives, selon qu’elles se rattachent à une convention commerciale ou à un contrat de travail, a été soulignée de manière éloquente par le juge Dickson dans l’arrêt *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916 :

La distinction faite en jurisprudence entre une clause restrictive contenue dans un contrat de vente d’une entreprise et celle contenue dans un contrat de louage de services est bien conçue et répond à des considérations pratiques. Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d’assurer l’acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard. La difficulté réside dans la définition de la période au cours de laquelle la clause de non-concurrence doit jouer et la région visée; mais si ces deux éléments sont raisonnables, les tribunaux donneront normalement effet à la clause.

Une situation différente, du moins en théorie, surgit dans la négociation d’un contrat de louage de services où un déséquilibre dans le pouvoir de négociation peut conduire à de l’oppression et à nier à l’employé son droit, à la suite de la cessation de son emploi, d’exploiter dans l’intérêt public et dans son propre intérêt, les connaissances et la compétence qu’il a acquises au cours de son emploi. [p. 924]

[6] Le présent pourvoi porte sur le régime normatif applicable à l’entente intervenue entre les parties. Si nous sommes en présence d’un contrat de travail, les règles spécifiques prévues par le législateur au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), eu égard à de tels contrats s’appliquent. Si nous sommes en présence d’un contrat de vente d’actifs, ces règles spécifiques ne s’appliquent pas. Pour déterminer si les clauses restrictives doivent être interprétées à l’aune des règles régissant les contrats commerciaux ou de celles applicables aux contrats de travail, il convient de bien cerner la raison pour laquelle ces clauses ont été négociées, en examinant, entre autres, leur libellé de même que le contexte dans lequel elles s’inscrivent.

[7] En l’espèce, les appelants soutiennent principalement que l’intimée ne peut se prévaloir des clauses restrictives en cause car cette dernière a congédié l’appelant Payette sans motif sérieux

the context of a contract of employment. The respondent, Guay inc., argues that these covenants were negotiated in the context of a commercial agreement and that they took full effect upon the termination of Mr. Payette's employment. According to the respondent, the protection afforded to employees by art. 2095 *C.C.Q.* in the event of dismissal without a serious reason does not apply to the restrictive covenants in the agreement in question.

[8] In the alternative, the appellants add that the restrictive covenants at issue are unlawful because they are overly broad as to their term and to the territory to which they apply.

[9] For the reasons that follow, I am of the opinion that, in a commercial context, restrictive covenants such as these are lawful and must be interpreted in a manner consistent with the intention of the parties and the obligations to which the covenants give rise, unless it is shown that they are contrary to public order, for example because they are unreasonable with respect to one of the parties. The effect of disregarding the existence of such clauses solely because they appear in an agreement that preceded the formation of a separate contract of employment would be to negate the foundations of and the rationale for the obligations of non-competition and non-solicitation provided for in the clauses, while at the same time discounting the intention of the parties.

II. Facts and Judicial History

A. *Review of the Facts*

[10] The respondent, Guay inc., is a crane rental company. It operates some 20 establishments across Quebec. It has expanded its presence in the Quebec market by purchasing several small competitors over the years. In so doing, it has become the leader in its industry.

[11] The appellant Yannick Payette and his partner, Louis Pierre Lafortune, controlled several companies that were also in the crane rental business ("Groupe Fortier"). In October 2004, the respondent

dans le cadre d'un contrat de travail. L'intimée, Guay inc., plaide pour sa part que lesdites clauses restrictives ont été négociées dans le cadre d'une convention commerciale et qu'elles prenaient tout leur effet dès la fin de l'emploi de l'appelant Payette. Selon l'intimée, la protection conférée aux salariés par l'art. 2095 *C.c.Q.* en cas de congédiement sans motif sérieux ne s'applique pas aux clauses restrictives de la convention concernée.

[8] Subsidiairement, les appelants ajoutent que les clauses restrictives en cause sont illégales en raison de leur portée excessive quant à la période et au territoire visés.

[9] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que, dans un contexte commercial, de telles clauses restrictives sont légales et que, sauf s'il est démontré qu'elles sont contraires à l'ordre public — en étant par exemple déraisonnables à l'égard d'une partie —, elles doivent recevoir une interprétation conforme à l'intention des parties et des obligations qu'elles sous-tendent. Occulter l'existence de telles clauses au seul motif qu'elles figurent dans une convention qui précède la formation d'un contrat de travail distinct a pour effet de neutraliser les fondements et la raison d'être des obligations de non-concurrence et de non-sollicitation formulées par ces clauses tout en écartant l'intention des parties.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Rappel des faits*

[10] L'intimée, Guay inc., est une entreprise commerciale œuvrant dans le domaine de la location de grues. Elle exploite une vingtaine d'établissements répartis sur le territoire du Québec. Elle a élargi sa présence sur le marché québécois en faisant l'acquisition, au fil des ans, de plusieurs petites entreprises concurrentes. L'intimée est ainsi devenue le chef de file dans son domaine.

[11] L'appelant Yannick Payette et son associé Louis Pierre Lafortune contrôlaient plusieurs entreprises œuvrant également dans le domaine de la location de grues (« Groupe Fortier »). Les actifs

purchased Groupe Fortier's assets for \$26 million, including \$14 million in cash, which was paid to the companies controlled by Mr. Payette and his partner.

[12] To ensure a smooth transition in operations following the sale of Groupe Fortier's assets, the parties agreed to include a provision in their sale agreement in which the appellant Payette and his partner undertook to work full time for the respondent as consultants for six months. The parties also reserved the option of subsequently agreeing on a contract of employment under which Mr. Payette and his partner would continue to work for the respondent. The agreement of sale provided that Mr. Payette and his partner were bound by non-competition and non-solicitation clauses that read as follows:

[TRANSLATION]

10.1 Non-competition – In consideration of the sale that is the subject of this offer, each of the Vendors and the Interveners covenants and agrees, for a period of five (5) years from the Closing date or, in the case of the Interveners, for a period of five (5) years from the date on which an Intervener ceases to be employed, directly or indirectly, by the Purchaser, not to hold, operate or own, in whole or in part, directly or indirectly and in any capacity or role whatsoever, or in any other manner, any business operating in whole or in part in the crane rental industry, and not to be or become involved in, participate in, hold shares in, be related to or have an interest in, advise, lend money to or secure the debts or obligations of any such business or permit any such business to use the Vendor's or the Intervener's name in whole or in part. The territory to which this non-competition clause applies for the above-mentioned period of time is the province of Quebec.

10.2 Non-solicitation – Moreover, each of the Vendors and the Interveners covenants and agrees, for a period of five (5) years from the Closing date or, in the case of the Interveners, for a period of five (5) years from the date on which an Intervener

du Groupe Fortier ont été achetés par l'intimée en octobre 2004 moyennant le paiement d'une somme de 26 millions de dollars — dont 14 millions en argent comptant — versée aux entreprises contrôlées par l'appelant Payette et son associé.

[12] Afin d'assurer une transition harmonieuse des opérations après la vente des actifs du Groupe Fortier, les parties ont convenu d'insérer à leur convention de vente une stipulation précisant que l'appelant Payette et son associé s'engageaient à travailler pour l'intimée à temps plein à titre de consultants pendant une période de six mois. Les parties se réservaient en outre la faculté de convenir par la suite d'un contrat de travail en vertu duquel l'appelant Payette et son associé demeureraient au service de l'intimée. La convention de vente stipulait également que l'appelant Payette et son associé étaient assujettis à des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation libellées ainsi :

10.1 Non-concurrence – En considération de la vente faisant l'objet de cette offre, chacun des Vendeurs et des Intervénants s'engage et s'oblige, pour une période de cinq (5) ans à compter de la date de Clôture ou dans le cas des Intervénants pour une période de cinq (5) ans à compter de la date à laquelle un Intervenant cesse d'être à l'emploi, directement ou indirectement, de l'Acheteur, à ne détenir, exploiter ou posséder, en totalité ou en partie, directement ou indirectement et à quelque titre ou fonction que ce soit, ou de toute autre manière, aucune entreprise agissant en tout ou en partie dans le domaine de la location de grues, ni s'y engager, y participer, y être impliqué, en détenir des actions, y être relié ou y être intéressé, la conseiller, lui consentir des prêts, en garantir les dettes ou obligations ou lui permettre l'utilisation de son nom en entier ou en partie. Le territoire pour lequel cette clause de non-concurrence s'applique pour la période de temps ci-haut mentionnée réfère à la province de Québec.

10.2 Non-sollicitation – De plus, chacun des Vendeurs et des Intervénants s'engage et s'oblige, pour une période de cinq (5) ans à compter de la date de la Clôture ou dans le cas des Intervénants pour une période de cinq (5) ans à compter de la date

ceases to be employed, directly or indirectly, by the Purchaser, not to solicit on behalf of the Vendor or the Intervener, or on behalf of others, and not to do business or attempt to do business, in any place whatsoever, in whole or in part, directly or indirectly and in any manner whatsoever, with any of the customers of the Business and the Purchaser on behalf of a crane rental business. In addition, the Vendors and the Interveners shall not solicit or hire (unless an employee is dismissed or resigns without any solicitation by the Vendors or the Interveners), in any way whatsoever, directly or indirectly, as an employee or a consultant, or in any other capacity whatsoever, any of the employees, officers, executives or other persons (hereinafter collectively referred to as the “Employees” for the purposes of this article) working for the Business or the Purchaser on the date this offer to purchase is presented or on the Closing date, and shall not attempt in any way whatsoever, directly or indirectly, to encourage any of the said employees to leave their employment with the Business or the Purchaser. For greater certainty, the parties agree that steps taken by the Vendors to collect accounts receivable shall not be interpreted as a breach of the non-competition and non-solicitation provisions of this offer to purchase; [A.R., vol. X, at pp. 147-48]

[13] On May 26, 2005, at the end of the six-month transitional period following the “Closing date” for the sale, the appellant Payette and the respondent, Guay inc., agreed on a contract of employment for a fixed term that was optional and separate. This contract, which provided that Mr. Payette’s employment as operations manager for Groupe Fortier was to terminate on August 31, 2008, was renewed beyond that date for an indeterminate term.

[14] It is common ground that the respondent dismissed Mr. Payette on August 3, 2009 without a serious reason. A few months later, on December 16, 2009, the respondent entered into an agreement under which it paid \$150,000 in compensation to Mr. Payette and his partner. That same day, Mr. Payette asked the respondent, in light of the non-competition and non-solicitation clauses at issue, whether it had any objection to his accepting

à laquelle un Intervenant cesse d’être à l’emploi, directement ou indirectement, de l’Acheteur, à ne pas solliciter, pour son compte ou pour le compte d’autrui, faire affaires ou tenter de faire affaires, à quelque endroit que ce soit, en tout ou en partie, directement ou indirectement et de quelque façon que ce soit, avec aucun des clients de l’Entreprise et de l’Acheteur pour le compte d’une entreprise de location de grues. En outre, les Vendeurs et les Intervenants ne solliciteront ou n’engageront (sauf si un employé est congédié ou démissionne sans sollicitation des Vendeurs ou des Intervenants) de quelque façon que ce soit, directement ou indirectement, à titre d’employé, de consultant ou à quelqu’autre titre que ce soit, l’un quelconque des employés, dirigeants, cadres ou autres personnes (ci-après collectivement désignés les « Employés » pour les fins du présent article) travaillant pour le compte de l’Entreprise ou de l’Acheteur à la date de la présentation de cette offre d’achat ou à la date de la Clôture, et ne tenteront de quelque façon que ce soit, directement ou indirectement, d’encourager l’un ou l’autre desdits employés à quitter son emploi au sein de l’Entreprise ou de l’Acheteur. Pour plus de précisions, les parties conviennent que les démarches de perception des comptes clients (débiteurs) par les Vendeurs ne devra aucunement être interprétées comme étant une violation des dispositions de non-concurrence ou de non-sollicitation prévues à la présente; [d.a., vol. X, p. 147-148]

[13] Le 26 mai 2005, à l’expiration de la période transitoire de six mois suivant la « date de Clôture » de la vente, l’appelant Payette et l’intimée Guay inc. ont convenu d’un contrat de travail à durée déterminée, facultatif et autonome. Ce contrat, qui prévoyait que l’emploi de l’appelant Payette à titre de directeur des opérations du Groupe Fortier prendrait fin le 31 août 2008, a été reconduit au-delà de cette date pour une durée indéterminée.

[14] Il est admis que, le 3 août 2009, l’intimée a congédié l’appelant Payette sans motif sérieux. Quelques mois plus tard, le 16 décembre 2009, l’intimée a convenu d’une entente en vertu de laquelle elle a versé une indemnité de 150 000 \$ payable à l’appelant Payette et à son associé. Le même jour, l’appelant Payette a demandé à l’intimée si elle avait quelque objection à ce qu’il accepte un emploi auprès d’une société nullement impliquée dans le

a job with a company not involved in the crane rental business. The respondent replied that it did not object to this.

[15] On March 15, 2010, contrary to the intention he had initially expressed, the appellant Payette began a new job with Mammoet Crane Inc. (“Mammoet”) as operations manager at that company’s place of business in Montréal. Mammoet is an international company and a competitor of Guay inc. that does business in, among others, the crane rental and transportation industries. A few days later, the respondent lost seven of its most experienced employees to Mammoet.

[16] On April 27, 2010, the respondent filed a motion in the Quebec Superior Court for an interlocutory injunction under which the appellant Payette would be required to comply with the restrictive covenants in the October 2004 agreement for the sale of assets by not working for Mammoet.

[17] On April 29, 2010, Lacroix J. ordered the interlocutory injunction sought by the respondent. The terms of the order were subsequently renewed, by means of safeguard orders, until the hearing of the case on the merits.

B. Judgment of the Superior Court, 2010 QCCS 2756 (CanLII)

[18] After conducting a three-step analysis, the Superior Court dismissed the respondent’s action on the merits. First of all, Lemelin J. concluded that the restrictive covenants were in effect when the respondent instituted its proceedings in April 2010. In his view, the wording of the clauses and the evidence showed that the parties, too, had believed that the covenants applied after August 3, 2009, the date when the appellant Payette was dismissed. In other words, the term of the non-competition and non-solicitation clauses had started running upon the termination of Mr. Payette’s employment with the respondent, Guay inc., on August 3, 2009.

domaine de la location de grues, compte tenu des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation en cause. L’intimée a répondu qu’elle ne s’y opposait pas.

[15] Le 15 mars 2010, contrairement aux intentions qu’il avait initialement exprimées, l’appellant Payette débute un nouvel emploi chez Mammoet Crane Inc. (« Mammoet ») à titre de directeur des opérations, à l’établissement de cette dernière à Montréal. Mammoet est une entreprise internationale concurrente de Guay inc. œuvrant notamment dans les domaines de la location de grues et du transport. Quelques jours plus tard, l’intimée perd sept de ses employés les plus expérimentés au profit de Mammoet.

[16] Le 27 avril 2010, l’intimée dépose en Cour supérieure du Québec une requête sollicitant une ordonnance d’injonction interlocutoire provisoire, afin d’enjoindre à l’appellant Payette de respecter les clauses restrictives de la convention de vente d’actifs du mois d’octobre 2004 en s’abstenant de travailler pour Mammoet.

[17] Le 29 avril 2010, la juge Lacroix prononce l’ordonnance d’injonction interlocutoire provisoire demandée par l’intimée. Les modalités de cette ordonnance sont subséquemment renouvelées par des ordonnances de sauvegarde, et ce, jusqu’à l’audition au fond du dossier.

B. Jugement de la Cour supérieure, 2010 QCCS 2756 (CanLII)

[18] Après s’être livrée à une analyse en trois étapes, la Cour supérieure a rejeté au fond le recours de l’intimée. Dans un premier temps, le juge Lemelin en est arrivé à la conclusion que les clauses restrictives étaient en vigueur lors du dépôt des procédures engagées par l’intimée en avril 2010. Il est d’avis que le libellé de ces clauses ainsi que la preuve révèlent que les parties croyaient, elles aussi, que lesdites clauses s’appliquaient au-delà du 3 août 2009, date à laquelle l’appellant Payette a été congédié. En d’autres mots, la période de non-concurrence et de non-sollicitation avait commencé à courir dès la fin de l’emploi de l’appellant Payette auprès de l’intimée Guay inc., le 3 août 2009.

[19] Next, Lemelin J. found that the wording of the October 2004 sale agreement supported the conclusion that a contract of employment had been formed on the “Closing date” for the sale. As a result, the rule laid down in art. 2095 *C.C.Q.* applied in this case: Guay inc. could not rely for its own benefit on the restrictive non-competition and non-solicitation clauses, since it had dismissed Mr. Payette without a serious reason.

[20] Finally, the judge considered whether the restrictive covenants at issue were valid in light of the rule laid down in the second paragraph of art. 2089 *C.C.Q.*, according to which a stipulation of non-competition must be limited, as to time, place and type of employment, to whatever is necessary for the protection of the employer’s legitimate interests. In Lemelin J.’s opinion, the term provided for in the non-competition clause, clause 10.1, of five years after the termination of the employment relationship was reasonable.

[21] However, the territory to which clause 10.1 applied was held to be too broad.

[22] Lemelin J. found that the non-competition clause was unlawful because it applied outside the territory in which the sold business operated. Clause 10.1 applied throughout the province of Quebec even though the market served by Groupe Fortier was limited to the Montréal area. On this basis, Lemelin J. held that the territorial scope of clause 10.1 of the agreement for the sale of assets was unreasonable and that the clause was therefore unlawful.

[23] As for the validity of clause 10.2, the non-solicitation clause, Lemelin J. found that it was a [TRANSLATION] “hybrid” non-competition and non-solicitation clause because of the words “do business or attempt to do business”. Although a “pure” non-solicitation clause is not unlawful solely because it does not contain a geographic limitation, the same is not true of a hybrid non-competition and non-solicitation clause. Noting that clause 10.2 of the agreement for the sale of assets did not limit the term of the prohibition or the territory and

[19] Le juge Lemelin a ensuite conclu que le libellé de la convention de vente d’octobre 2004 appuyait la conclusion selon laquelle un contrat de travail avait été formé dès la « date de Clôture » de la vente. En conséquence, la règle énoncée à l’art. 2095 *C.c.Q.* s’appliquait à l’espèce : l’intimée Guay inc. ne pouvait invoquer à son bénéfice les clauses restrictives de non-concurrence et de non-sollicitation puisqu’elle avait congédié l’appelant Payette sans motif sérieux.

[20] Finalement, le juge s’est prononcé sur la validité des clauses restrictives en cause à la lumière de la règle énoncée au second alinéa de l’art. 2089 *C.c.Q.* Suivant cette règle, une stipulation de non-concurrence doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l’employeur. De l’avis du juge Lemelin, la période de non-concurrence de cinq ans après la fin du lien d’emploi, telle que prévue à la clause 10.1, était raisonnable.

[21] La portée territoriale de la clause 10.1 a cependant été jugée trop large.

[22] Le juge Lemelin a considéré que la clause de non-concurrence était illégale car sa portée dépassait le territoire d’exploitation de l’entreprise vendue. En effet, la clause 10.1 vise l’ensemble de la province de Québec, alors que le marché exploité par le Groupe Fortier se limite à la région de Montréal. Sur cette base, le juge Lemelin a décidé que la portée territoriale de la clause 10.1 de la convention de vente d’actifs était déraisonnable et que, partant, la clause était illégale.

[23] Se prononçant sur la validité de la clause 10.2, soit la clause de non-sollicitation, le juge Lemelin a conclu qu’il s’agissait d’une clause « mixte » de non-concurrence et de non-sollicitation, en raison des mots « faire affaires ou tenter de faire affaires ». Bien que l’absence de balises territoriales n’entraîne pas à elle seule l’illégalité d’une clause de non-sollicitation « pure », la situation est tout autre dans le cas de clauses mixtes de non-concurrence et de non-sollicitation. Constatant qu’elle ne contient pas de limitation quant à la durée de l’interdiction

activities to which it applied, Lemelin J. found that it, too, was unlawful.

[24] Lemelin J. therefore dismissed the application for a permanent injunction, and in so doing he authorized the appellant Payette to compete with the respondent, Guay inc., for his new employer, Mammoet.

C. Judgment of the Quebec Court of Appeal, 2011 QCCA 2282, [2012] R.J.Q. 51, Chamberland, Thibault and Morin J.J.A.

[25] The majority of the Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment and ordered a permanent injunction, requiring the appellants to comply with clauses 10.1 and 10.2 of the October 2004 agreement until August 3, 2014.

(1) Reasons of the Majority

[26] Chamberland J.A., writing for the majority, began by noting that the respondent, Guay inc., no longer disputed the facts that the appellant Payette had been its employee and that it had dismissed him without a serious reason. He then considered the two main issues raised by the appeal: (1) the legal characterization of the non-competition and non-solicitation clauses; and (2) whether those clauses were valid in light of the applicable legal rules.

[27] On the legal characterization of the clauses, Chamberland J.A. found that the obligations they created had essentially been assumed in the agreement for the sale of assets. The restrictive covenants were not part of the contract of employment, since their purpose was to protect the substantial investment made by Guay inc. when it purchased Groupe Fortier's assets. Chamberland J.A. also stated that the reference in the agreement for the sale of assets to the date of termination of employment served only to establish the start of the period during which the non-competition and non-solicitation clauses were to be in effect.

ni quant au territoire et aux activités visés, le juge Lemelin a conclu que la clause 10.2 de la convention de vente d'actifs était elle aussi illégale.

[24] Le juge Lemelin a donc rejeté la demande d'injonction permanente, autorisant de ce fait l'appelant Payette à faire concurrence à l'intimée Guay inc. au sein de son nouvel employeur, Mammoet.

C. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec, 2011 QCCA 2282, [2012] R.J.Q. 51, les juges Chamberland, Thibault et Morin

[25] La Cour d'appel a, à la majorité, cassé le jugement de la Cour supérieure et prononcé une ordonnance d'injonction permanente enjoignant aux appelants de respecter les clauses 10.1 et 10.2 de la convention d'octobre 2004, et ce, jusqu'au 3 août 2014.

(1) Motifs de la majorité

[26] Rédigeant les motifs de la majorité, le juge Chamberland souligne d'abord que l'intimée Guay inc. ne conteste plus que l'appelant Payette était son employé et qu'elle l'a congédié sans motif sérieux. Il analyse ensuite les deux principales questions soulevées par le pourvoi : (1) la qualification juridique des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation; et (2) la validité de ces dernières, à la lumière des règles de droit applicables.

[27] Relativement à la qualification juridique des clauses en litige, le juge Chamberland conclut que les obligations créées par ces dernières ont essentiellement été assumées dans le cadre de la convention de vente d'actifs. Les clauses restrictives ne font pas partie du contrat de travail, puisqu'elles ont pour objectif de protéger l'investissement substantiel effectué par l'intimée Guay inc. lors de l'acquisition des actifs du Groupe Fortier. Le juge Chamberland précise également que la référence à la date de cessation d'emploi dans la convention de vente d'actifs ne sert qu'à établir le début de la période pendant laquelle les engagements de non-concurrence et de non-sollicitation seront en vigueur.

[28] Chamberland J.A. then considered the validity of clauses 10.1 and 10.2 in light of the rules applicable to the sale of a business, not the law applicable to contracts of employment, and found that both clauses were reasonable and lawful. Acknowledging that the territory to which clause 10.1 applied — the province of Quebec — was very large, he nonetheless found that this geographic scope was necessary and justified because of the mobility of the equipment used in the crane rental industry. As for clause 10.2, Chamberland J.A. rejected the trial judge’s characterization of it as a “hybrid” clause, and concluded that it must be found to have the scope the parties intended it to have.

[29] For these reasons, Chamberland J.A. found that the respondent, Guay inc., had discharged its burden of proof and established that it was entitled to require the appellants to comply with the covenants the parties had agreed on in clauses 10.1 and 10.2 for five years after the dismissal of the appellant Payette, that is, until August 3, 2014.

(2) Dissenting Reasons

[30] Thibault J.A. agreed with the trial judge’s reasons and would have dismissed Guay inc.’s appeal. In her view, Chamberland J.A. was wrongly focusing on the [TRANSLATION] “reason” that had led the parties to agree on the non-competition and non-solicitation clauses rather than on the reality, namely that they had entered into a contract of employment that was separate from and independent of the circumstances of the sale of assets in 2004. In Thibault J.A.’s view, the trial judge’s approach [TRANSLATION] “reflects reality” (para. 118), as the parties had, in May 2005, entered into a new contract of employment unrelated to the original transaction. If the non-competition and non-solicitation clauses were considered to be still in existence, they therefore had to be interpreted on the basis of the rules governing labour relations. As a result, there was no reason to deny the appellant Payette the protection provided for in the *Civil Code of Québec* with respect to contracts of employment, especially since the contract in this case was accessory and independent.

[28] Analysant ensuite la validité des clauses 10.1 et 10.2 au regard des règles applicables en matière de vente d’entreprise, et non sous l’éclairage du droit applicable en matière de contrat de travail, le juge Chamberland conclut qu’elles sont toutes deux raisonnables et légales. Reconnaisant que le territoire visé par la clause 10.1 — la province de Québec — est fort vaste, il estime néanmoins qu’une telle portée est nécessaire et justifiée, en raison de la mobilité de l’équipement utilisé dans l’industrie de la location de grues. En ce qui concerne la clause 10.2, le juge Chamberland rejette le caractère « mixte » attribué à cette clause par le juge de première instance et conclut qu’il faut lui accorder la portée que les parties ont voulu lui donner.

[29] Pour ces raisons, le juge Chamberland est d’avis que l’intimée Guay inc. a satisfait au fardeau de preuve qui lui incombait et a établi son droit d’exiger des appelants le respect des engagements convenus par les parties aux clauses 10.1 et 10.2, et ce, pendant une période de cinq ans suivant le congédiement de l’appelant Payette, soit jusqu’au 3 août 2014.

(2) Motifs dissidents

[30] Souscrivant aux motifs du juge de première instance, la juge Thibault aurait quant à elle rejeté le pourvoi de l’intimée Guay inc. À son avis, le juge Chamberland insiste à tort sur la « raison » ayant amené les parties à convenir des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation au détriment de la réalité : ces dernières ont conclu un contrat de travail distinct et indépendant des circonstances entourant la vente des actifs en 2004. Selon la juge Thibault, l’approche du juge de première instance « colle à la réalité » (par. 118), car il y aurait eu, en mai 2005, conclusion d’un nouveau contrat de travail qui n’a aucun lien avec la transaction originale. Il faut donc interpréter les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, si on considère qu’elles existent toujours, sous l’éclairage des règles qui régissent les relations de travail. En conséquence, il n’y a aucune raison de priver l’appelant Payette des protections accordées par le *Code civil du Québec* en matière de contrat de travail, d’autant plus que le contrat en l’espèce est accessoire et indépendant.

[31] More importantly, Thibault J.A. added that the trial judge's reasons had the advantage of adequately protecting [TRANSLATION] "all participants where the sale of the assets of a business involves an accessory contract of employment" (para. 121): the purchaser was protected from any competition for five years after the closing date for the sale of assets, and the employee was protected from unjust dismissal by the employer.

[32] Finally, Thibault J.A. also stated that, in this case, the application of art. 2095 *C.C.Q.* would safeguard the public interest, foster free competition and further the right of employees to earn a living, in addition to being consistent with the jurisprudence of the Court of Appeal to the effect that the rules on restrictive covenants relating to employment apply where there is a genuine contract of employment. Furthermore, in her view, the courts have never ruled out the possibility that restrictive covenants may be hybrid in nature when [TRANSLATION] "a contract for the sale of assets is accompanied by a contract of employment" (para. 129). Thibault J.A. concluded that, pursuant to art. 2095 *C.C.Q.*, the restrictive covenants at issue did not apply, because the wrongfulness of the dismissal was not in dispute.

III. Issues

[33] The appeal to this Court raises two issues:

1. Did the Court of Appeal err in denying the appellant Payette the protection provided for in art. 2095 *C.C.Q.*?
2. In the alternative, did the Court of Appeal err in finding that the stipulations of non-competition and non-solicitation in clauses 10.1 and 10.2 of the agreement for the sale of assets were reasonable?

[34] I will consider each of these issues in turn.

[31] Plus important encore, la juge Thibault ajoute que les motifs du juge de première instance ont l'avantage de protéger adéquatement « tous les acteurs impliqués lorsque la vente des actifs d'une entreprise comporte un contrat de travail accessoire » (par. 121) : l'acheteur est protégé de toute concurrence pendant cinq ans après la date de clôture de la vente d'actifs, tandis que le salarié est protégé s'il est congédié injustement par son employeur.

[32] Enfin, la juge Thibault ajoute que, en l'espèce, l'application de l'art. 2095 *C.c.Q.* préserve l'intérêt public et favorise la libre concurrence et le droit des salariés de gagner leur vie, en plus d'être conforme à la jurisprudence de la Cour d'appel qui enseigne que ce sont les règles régissant les clauses restrictives en matière d'emploi qui s'appliquent en présence d'un véritable contrat de travail. Au surplus, la jurisprudence n'aurait jamais, selon elle, exclu la possibilité que des clauses restrictives puissent avoir un caractère hybride quand « un contrat de vente d'actifs se double d'un contrat d'emploi » (par. 129). La juge Thibault conclut que les clauses restrictives en cause n'ont pas d'application en vertu de l'art. 2095 *C.c.Q.*, puisque le caractère abusif du congédiement n'est pas contesté.

III. Les questions en litige

[33] Le pourvoi devant notre Cour soulève deux questions :

1. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en privant l'appellant Payette de la protection conférée par l'art. 2095 *C.c.Q.*?
2. Subsidiairement, la Cour d'appel a-t-elle fait erreur en concluant au caractère raisonnable des stipulations de non-concurrence et de non-sollicitation figurant aux clauses 10.1 et 10.2 de la convention de vente d'actifs?

[34] J'examinerai ces questions à tour de rôle.

IV. Analysis

A. *Did the Court of Appeal Err in Denying the Appellant Payette the Protection Provided for in Article 2095 C.C.Q.?*

- (1) Application of the Protection Provided for in Article 2095 C.C.Q.

[35] The rules applicable to restrictive covenants relating to employment differ depending on whether the covenants are linked to a contract for the sale of a business or to a contract of employment. This has long been recognized to be the case: *Elsley; Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; and *Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 S.C.R. 865.

[36] The application of different rules in the context of a contract of employment is a response to the imbalance of power that generally characterizes the employer-employee relationship when an individual contract of employment is negotiated, and its purpose is to protect the employee.

[37] These rules have no equivalent in the commercial context, since an imbalance of power is not presumed to exist in a vendor-purchaser relationship. The inclusion of non-competition and non-solicitation clauses in a contract for the sale of a business is usually intended to protect the purchaser's investment. In limiting the vendor's right to compete with the purchaser and preventing the vendor from working for a competitor of the purchaser for a certain time after the transaction, such clauses enable the purchaser to protect its investment by building strong ties with its new customers [TRANSLATION] "without fearing, for a given period, competition from the vendor" (C.A. reasons, at para. 62), which had previously established a relationship with its customers, suppliers and employees.

[38] In this Court's decision in *Shafron*, my colleague Rothstein J. referred to what is now a cardinal rule, that parties negotiating the sale of assets have greater freedom of contract than parties negotiating

IV. Analyse

A. *La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en privant l'appellant Payette de la protection conférée par l'art. 2095 C.c.Q.?*

- (1) L'application de la protection conférée par l'art. 2095 C.c.Q.

[35] Des règles différentes s'appliquent aux clauses restrictives en matière d'emploi selon qu'elles se rattachent à un contrat de vente d'entreprise ou à un contrat de travail. Cette réalité est depuis longtemps reconnue : *Elsley; Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; et *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865.

[36] L'application de règles différentes dans le contexte d'un contrat de travail tient compte du déséquilibre des forces qui marque généralement les rapports employeur-salarié dans la négociation d'un contrat de travail individuel et vise à protéger le salarié.

[37] Ces règles n'ont pas d'équivalent en matière commerciale, puisque l'existence d'un déséquilibre des forces dans le contexte d'une relation vendeur-acheteur n'est pas présumée. Les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation incluses dans un contrat de vente d'entreprise ont habituellement pour fonction de protéger l'investissement de l'acheteur. Les clauses qui limitent la possibilité pour le vendeur de faire concurrence à l'acheteur de même que l'inhabilité du premier de travailler pour un concurrent du second pendant un certain temps après la transaction permettent à l'acheteur de protéger son investissement en bâtissant des liens solides avec la nouvelle clientèle « sans craindre, pendant une période donnée, la concurrence de son vendeur » (motifs de la Cour d'appel, par. 62), qui bénéficiait déjà d'un rapport établi avec ses clients, fournisseurs et employés.

[38] Dans l'arrêt *Shafron* de notre Cour, mon collègue le juge Rothstein a rappelé la règle, maintenant devenue cardinale, selon laquelle les parties qui négocient une vente d'actifs jouissent d'une

a contract of employment. He made the following comment:

The absence of payment for goodwill as well as the generally accepted imbalance in power between employee and employer justifies more rigorous scrutiny of restrictive covenants in employment contracts compared to those in contracts for the sale of a business. [para. 23]

[39] Thus, the common law rules for restrictive covenants relating to employment do not apply with the same rigour or intensity where the obligations are assumed in the context of a commercial contract. This is especially true where the evidence shows that the parties negotiated on equal terms and were advised by competent professionals, and that the contract does not create an imbalance between them.

[40] Although *Shafron*, like *Elsley* and *Doerner*, was decided under the common law, the same principles apply in Quebec civil law. To alleviate the imbalance that often characterizes the employer-employee relationship, the Quebec legislature has enacted rules that apply only to contracts of employment and are intended to protect employees. Article 2095 C.C.Q. is one of them:

2095. An employer may not avail himself of a stipulation of non-competition if he has resiliated the contract without a serious reason or if he has himself given the employee such a reason for resiliating the contract.

[41] In 1993, before the coming into force of the new *Civil Code of Québec*, the Minister of Justice stated that the purpose of art. 2095 C.C.Q. was to introduce into Quebec civil law [TRANSLATION] “a rule of fairness in the employer-employee relationship, restoring a balance between the parties that is frequently negated or jeopardized by their respective economic power”: *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1317.

plus grande liberté de contracter que les parties négociant un contrat de travail. Il a formulé les observations suivantes :

L'absence de paiement pour l'achalandage, ainsi que l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé justifie un examen plus minutieux des clauses restrictives contenues dans les contrats de travail, par rapport à celles qui figurent dans les contrats de vente d'une entreprise. [par. 23]

[39] En conséquence, les règles prévues par la common law à l'égard des clauses restrictives en matière d'emploi ne s'appliquent pas avec la même rigueur et la même intensité lorsque les obligations sont assumées dans le cadre d'un contrat commercial. C'est particulièrement le cas lorsque la preuve permet de conclure que les parties ont négocié à armes égales, appuyées par des professionnels compétents, et que le contrat n'entraîne pas de déséquilibre entre les parties.

[40] Bien que l'arrêt *Shafron*, de même que les arrêts *Elsley* et *Doerner*, aient été rendus dans un contexte de common law, les mêmes principes s'appliquent en droit civil québécois. Afin d'atténuer le déséquilibre qui caractérise souvent les rapports entre employeurs et salariés, le législateur québécois a édicté des règles applicables uniquement aux contrats de travail, afin de protéger les salariés. L'article 2095 C.c.Q. est l'une de ces règles :

2095. L'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation.

[41] En 1993, avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice a déclaré que l'art. 2095 C.c.Q. visait à introduire en droit civil québécois « une règle d'équité dans les rapports employeur-salarié, rétablissant entre ces parties un équilibre que leur poids économique respectif nie ou menace fréquemment » : *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1317.

[42] Article 2095 *C.C.Q.* is applicable to a non-competition clause only if the clause is linked to a contract of employment. This means that, before enquiring into whether a non-competition clause or a non-solicitation clause is valid, the court must identify the type of juridical act to which the clause in question is linked. In the instant case, the Court of Appeal correctly drew a distinction between the interpretation of restrictive covenants contained in a contract for the sale of assets and the interpretation of such covenants contained in a contract of employment.

[43] On this point, the analytical approaches taken by Chamberland J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, and Thibault J.A., dissenting, are poles apart. The first is a contextual approach under which it is necessary to assess the circumstances in which the obligations were assumed. Its focus is on determining what the parties intended while at the same time considering the wording of the disputed provision. The second is instead a literal approach according to which the determination of the parties' intention and the context in which the obligations were assumed are of secondary importance. For the reasons that follow, I am of the opinion that the analytical approach of Chamberland J.A. must prevail.

(2) Contract to Which the Non-competition and Non-solicitation Covenants are Linked

[44] It is common ground that the agreement for the sale of assets in this case is a hybrid one. The agreement gave rise to two separate juridical acts within a single framework. The first of these acts, the commercial contract, evidenced the sale of Groupe Fortier's assets for \$26 million and also provided for the possibility of forming a contract of employment between the appellant Payette and the respondent, Guay inc., which was in fact done. The question before the Court is whether, given the existence of these two juridical acts, the restrictive covenants in clauses 10.1 and 10.2 apply to the contract of employment and the termination thereof, or only to the agreement for the sale of assets. The Court of Appeal was divided on this question. According to the dissenting judge, the clauses at issue had to be

[42] Seule une clause de non-concurrence se rattachant à un contrat de travail entraîne l'application de l'art. 2095 *C.c.Q.* En conséquence, avant d'analyser la validité d'une clause de non-concurrence ou encore d'une clause de non-sollicitation, il faut déterminer à quel acte juridique cette clause se rattache. En l'espèce, la Cour d'appel a eu raison de distinguer l'interprétation des clauses restrictives selon qu'elles figurent dans un contrat de vente d'actifs ou dans un contrat de travail.

[43] Sur cette question, les processus d'analyse suivis respectivement par le juge Chamberland pour la majorité de la Cour d'appel et par le juge Thibault en dissidence sont aux antipodes. Le premier retient une approche contextuelle, qui requiert l'appréciation des circonstances dans lesquelles les obligations ont été assumées. Il privilégie la recherche de l'intention des parties tout en s'attachant au libellé du texte en litige. Le second applique plutôt une approche littérale, qui repousse au second plan la recherche de l'intention des parties et le contexte de l'adhésion aux obligations. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que le processus d'analyse adopté par le juge Chamberland doit prévaloir.

(2) Rattachement de l'engagement de non-concurrence et de non-sollicitation

[44] Le caractère hybride de la convention de vente d'actifs en l'espèce n'est pas remis en question. Cette convention a donné lieu à la formation de deux actes juridiques distincts dans un même cadre. Le premier acte juridique, à savoir le contrat commercial, constatait la vente des actifs du Groupe Fortier pour la somme de 26 millions de dollars et prévoyait également la formation potentielle d'un contrat de travail entre l'appelant Payette et l'intimée Guay inc., contrat de travail qui s'est matérialisé. La question soulevée devant la Cour consiste à déterminer, vu l'existence de ces deux actes juridiques, si les clauses restrictives 10.1 et 10.2 s'appliquent au contrat de travail et à sa terminaison ou seulement à la convention de vente d'actifs. Cette question a divisé la Cour d'appel.

interpreted from the perspective of the contract of employment of May 26, 2005, separately from the master agreement of October 3, 2004. The majority, on the other hand, held that these clauses were part of a series of obligations that were closely related to the sale of the business, and that their existence and purpose were therefore relevant only in light of the parties' commercial undertakings.

[45] To determine whether a restrictive covenant is linked to a contract for the sale of assets or to a contract of employment, it is, in my view, important to clearly identify the reason why the covenant was entered into. The “bargain” negotiated by the parties must be considered in light of the wording of the obligations and the circumstances in which they were agreed upon. The goal of the analysis is to identify the nature of the principal obligations under the master agreement and to determine why and for what purpose the accessory obligations of non-competition and non-solicitation were assumed.

[46] In this case, the evidence shows that the reason why the appellant Payette agreed to the obligations of non-competition and non-solicitation related to the sale of his business to Guay inc. (contract for the sale of assets), not to his post-sale services as a consultant for or employee of Guay inc. (contract of employment). The obligations of non-competition and non-solicitation cannot be dissociated from the contract for the sale of assets. This conclusion is supported both by the wording of the obligations at issue and by the factual context that explains and justifies the acceptance of such obligations.

(a) *Wording of Article 10 of the Agreement for the Sale of Assets*

[47] If the words of the clauses at issue and of the article in which they appear are read consistently, it can be seen that the parties considered the underlying reason for the restrictive covenants to be the sale of assets. Clause 10.1 begins with the words [TRANSLATION] “[i]n consideration of the sale that is the subject of this offer” (emphasis added).

Pour la juge dissidente, les clauses en litige doivent être interprétées sous l’angle du contrat de travail du 26 mai 2005, séparément du contrat-cadre du 3 octobre 2004. Pour la majorité, au contraire, ces clauses font partie d’un ensemble d’obligations intimement liées à la vente de l’entreprise commerciale, si bien que leur existence et leur utilité n’ont de pertinence qu’à la lumière des engagements commerciaux des parties.

[45] Pour décider si une clause restrictive se rattache à un contrat de vente d’actifs ou à un contrat de travail, il importe, selon moi, de bien cerner la raison pour laquelle cette clause a été établie. Il faut apprécier le « marché » négocié par les parties en tenant compte du libellé des obligations et des circonstances dans lesquelles elles ont été consenties. L’analyse vise à déterminer la nature des obligations principales du contrat-cadre et pour quelle raison et dans quel but les obligations accessoires de non-concurrence et de non-sollicitation ont été assumées.

[46] Dans l’affaire qui nous occupe, il ressort de la preuve que l’appellant Payette a souscrit aux obligations de non-concurrence et de non-sollicitation en raison de la vente de son entreprise à Guay inc. (contrat de vente d’actifs), et non en raison de ses services comme consultant ou salarié auprès de Guay inc. après la vente (contrat de travail). Les obligations de non-concurrence et de non-sollicitation ne peuvent être dissociées du contrat de vente d’actifs. Cette conclusion prend appui sur le libellé des obligations en cause et sur le contexte factuel qui explique et justifie l’adhésion à de telles obligations.

a) *Le libellé de l’art. 10 de la convention de vente d’actifs*

[47] Une lecture cohérente du libellé des clauses restrictives en cause et de l’article dans lequel elles figurent révèle que, pour les parties, la raison d’être de ces clauses était la vente des actifs. En effet, la clause 10.1 débute par les mots « [e]n considération de la vente faisant l’objet de cette offre » (je souligne). De plus, à la clause 10.4, l’appellant

As well, in clause 10.4, the appellant Payette [TRANSLATION] “acknowledges that the covenants of non-competition and non-solicitation provided for in this article are reasonable as to their term and to the persons to whom and the territory to which they apply, having regard to the consideration provided for herein”: A.R., vol. X, at p. 148 (emphasis added). Thus, the actual language of the parties’ agreement confirms that the existence of the restrictive covenants is closely related to the conditions for the sale of the assets, which were negotiated and accepted by the appellant Payette as a “vendor”, not as an “employee”. This means that the restrictive covenants were essentially accepted by Mr. Payette in consideration of the substantial advantages he would be deriving from the transaction, not of his potential status as an employee. All that must be done is to give the words used by the parties their ordinary meaning and avoid an overly simplistic interpretation of the context in which the parties negotiated these covenants.

[48] In this regard, it will be helpful to return to one of the reasons the dissenting judge gave in support of her position. In her view, the application in this case of the rule provided for in art. 2095 *C.C.Q.* would enable all the parties to protect their legitimate interests. I respectfully disagree. What is the point of a non-competition covenant if it is to apply only while the debtor of the obligation is employed by the creditor of the obligation, and why would such a covenant suddenly become irrelevant simply because a contract of employment is entered into later? It is self-evident that a non-competition covenant such as this will have its full effect upon termination of the employment of the person who gave the covenant. Any other conclusion would mean that the effect of a subsequent contract of employment would be to implicitly and automatically renounce all earlier covenants regarding competition and solicitation. I cannot accept such a conclusion, especially since the circumstances that favoured the obligations of non-competition and non-solicitation in this case were for all practical purposes the same at the time the appellant Payette left the company upon being dismissed.

Payette « reconnaît que les engagements de non-concurrence et de non-sollicitation, prévus à cet article sont raisonnables quant à leur durée et aux personnes et territoire qu’ils visent, compte tenu de la contrepartie prévue aux présentes » : d.a., vol. X, p. 148 (je souligne). En conséquence, le texte même de la convention des parties confirme que l’existence des clauses restrictives est intimement liée aux conditions de la vente des actifs, négociées et acceptées par l’appelant Payette en tant que « vendeur » et non en tant que « salarié ». Partant, les clauses restrictives ont essentiellement été acceptées par l’appelant Payette en contrepartie des avantages appréciables qu’il allait retirer de la transaction et non de son éventuel statut d’employé. Il s’agit simplement de donner aux mots employés par les parties leur sens ordinaire et d’écarter une lecture trop simpliste du contexte dans lequel les parties ont négocié ces clauses.

[48] À cet égard, il convient de revenir sur l’un des motifs énoncés par la juge dissidente à l’appui de sa thèse. Elle affirme que l’application de la règle prévue à l’art. 2095 *C.c.Q.* à la présente espèce permettrait à toutes les parties de protéger leurs intérêts légitimes. Or, avec respect, j’estime que cette proposition est erronée. En effet, quelle est l’utilité d’un engagement de non-concurrence, s’il doit s’appliquer seulement durant la période pendant laquelle le débiteur de l’obligation demeure à l’emploi du créancier de cette dernière, et pourquoi un tel engagement perdrait soudainement toute sa pertinence du seul fait qu’un contrat de travail serait intervenu par la suite? Il coule de source qu’un tel engagement de non-concurrence produira tous ses effets dès la cessation d’emploi de la personne qui a pris cet engagement. Conclure autrement signifierait que l’existence d’un contrat de travail subséquent serait une renonciation implicite et automatique à tous les engagements antérieurs en matière de concurrence et de sollicitation. Je ne peux souscrire à une telle conclusion d’autant que les circonstances qui militaient en faveur des obligations de non-concurrence et de non-sollicitation en l’espèce sont à toutes fins pratiques les mêmes lorsque l’appelant Payette quitte l’entreprise après son congédiement.

(b) *Context of the Agreement for the Sale of Assets*

[49] In this case, the majority of the Court of Appeal rightly noted that, in the context of the October 2004 agreement for the sale of assets, the purpose of the obligation of non-competition was basically to protect the assets acquired by the respondent, Guay inc., in return for the \$26 million it paid to the vendors. The main point of the sale transaction for the respondent was to acquire the vendors' goodwill, skilled employees and customers. If the respondent had not obtained the protection in question, the transaction would never have taken place. There is therefore a direct causal connection between the restrictive covenants and the sale of the assets.

[50] I conclude that, in addition to the wording of the clauses at issue and of the article in which they appear, the circumstances in which they were negotiated clearly favour an interpretation that gives effect to the restrictive covenants and is based on the rules of commercial law rather than on those applicable to contracts of employment, which include art. 2095 *C.C.Q.*

[51] Finally, it is important to note that, as of the date of his dismissal, the appellant Payette was no longer working for Guay inc. under the October 2004 agreement. Rather, he was doing so under the contract of employment of April 29, 2005, which had been accepted on May 26 of that year. This distinction is relevant for two reasons. First, the fact that there was a separate contract governing the employer-employee relationship between the two parties that did not contain restrictive covenants undermines the argument that the restrictive covenants in the October 2004 agreement are not enforceable. It also shows that such covenants did not form an essential aspect of the negotiations that resulted in the contract of employment. This corroborates the conclusion that the restrictive covenants were negotiated essentially in connection with the sale of Groupe Fortier's assets and must therefore be interpreted on the basis of commercial law.

b) *Le contexte de la convention de vente d'actifs*

[49] En l'espèce, la majorité de la Cour d'appel a, à juste titre, souligné que, dans le contexte de la convention de vente d'actifs d'octobre 2004, l'obligation de non-concurrence avait essentiellement pour objet de protéger les actifs acquis par l'intimée Guay inc. en contrepartie des 26 millions de dollars versés aux vendeurs. L'intérêt de la transaction de vente pour l'intimée reposait principalement sur l'acquisition par celle-ci de l'achalandage, de la main-d'œuvre qualifiée et de la clientèle des vendeurs. Si l'intimée n'avait pas obtenu cette protection, la transaction n'aurait jamais eu lieu. Il existe donc un lien de causalité direct entre les clauses restrictives et la vente des actifs.

[50] Je conclus que, outre le libellé des clauses en litige et de l'article dans lequel elles figurent, les circonstances dans lesquelles ce texte a été négocié militent clairement en faveur d'une interprétation efficiente des clauses restrictives, basée sur les règles du droit commercial et non sur celles applicables aux contrats de travail, notamment l'art. 2095 *C.c.Q.*

[51] Finalement, il importe de souligner que, à la date de son congédiement, l'appellant Payette n'était plus au service de l'intimée Guay inc. en vertu de la convention d'octobre 2004, mais bien plutôt en vertu du contrat de travail du 29 avril 2005, accepté le 26 mai de la même année. Cette nuance est pertinente, et ce, pour deux raisons. D'abord, l'existence d'un contrat distinct régissant les rapports employeur-salarié entre les deux parties, mais ne comportant pas de clauses restrictives, affaiblit la prétention selon laquelle les clauses restrictives figurant dans la convention d'octobre 2004 ne sont pas exécutoires. Elle révèle également que de telles clauses n'étaient pas un aspect essentiel des négociations ayant mené au contrat de travail. Ces éléments factuels viennent corroborer la conclusion suivant laquelle les clauses restrictives ont été négociées essentiellement dans le cadre de la vente des actifs du Groupe Fortier et doivent donc être interprétées à la lumière du droit commercial.

(c) *Reference to Termination of Employment in Clauses 10.1 and 10.2 of the Agreement for the Sale of Assets*

[52] In the case at bar, the reference in the restrictive covenants to termination of employment cannot be disregarded. These covenants were to be in effect for five years after the date of termination of employment. The appellants argue that, on this basis alone, art. 2095 *C.C.Q.* must apply to the non-competition covenant. The respondent counters that the only purpose of the reference to termination of employment in the restrictive covenants of the agreement for the sale of assets was to make them determinable, enforceable and final. This argument was accepted by Chamberland J.A., who noted that the relevance of the reference to termination of employment was limited to determining the start of the period when the non-competition and non-solicitation covenants were to be in effect. I agree with this conclusion, which is consistent with the factual context in which the covenants were negotiated and reflects the coherent and pragmatic approach that must be taken in reviewing such clauses.

[53] In *Groupe Québecor Inc. v. Grégoire* (1988), 15 Q.A.C. 113, the Quebec Court of Appeal considered the scope of a non-competition clause similar to the one at issue here. In that case, Mr. Grégoire, a shareholder in a family business, had sold his shares to Québecor but had remained in the purchaser's employ after the sale. Like Mr. Payette in the instant case, he had agreed, under a clause in the contract for the sale of shares, not to compete with Québecor as long as he remained [TRANSLATION] "an employee of QUEBECOR INC., or GROUPE QUEBECOR INC. or any of its subsidiaries, and for a period of five (5) years thereafter" (para. 28). Mr. Grégoire argued that the reference to his status as an employee implied that his non-competition covenant applied only while he was in fact an employee. The Quebec Court of Appeal held that the restriction was related to the sale of his shares to Québecor and not to his post-sale employment. It stated that the reference to Mr. Grégoire's employment [TRANSLATION] "was only a guidepost for establishing the period during which the non-competition covenant was to remain in effect" (para. 36).

c) *La mention de la cessation d'emploi aux clauses 10.1 et 10.2 de la convention de vente d'actifs*

[52] En l'espèce, on ne saurait passer sous silence la mention de la cessation d'emploi dans les clauses restrictives, lesquelles devaient être en vigueur durant les cinq années suivant la date de la fin de l'emploi. Les appelants plaident que de ce seul fait, l'engagement de non-concurrence doit être assujéti à l'art. 2095 *C.c.Q.* Pour sa part, l'intimée rétorque que la mention de la fin de l'emploi dans les clauses restrictives de la convention de vente d'actifs n'avait comme objectif que de leur conférer un caractère déterminable, exécutoire et définitif. Cet argument a été retenu par le juge Chamberland, qui a souligné que la mention de la cessation d'emploi n'est utile que pour déterminer le début de la période pendant laquelle les engagements de non-concurrence et de non-sollicitation seront en vigueur. Je suis d'accord avec cette conclusion, qui respecte le contexte factuel dans lequel ces clauses ont été négociées et reflète l'approche cohérente et pragmatique qu'il faut adopter dans l'examen de telles clauses.

[53] Dans l'arrêt *Groupe Québecor Inc. c. Grégoire* (1988), 15 Q.A.C. 113, la Cour d'appel du Québec a examiné la portée d'une clause de non-concurrence similaire à celle qui nous intéresse. Dans cet arrêt, M. Grégoire, un actionnaire d'une entreprise familiale, avait vendu ses actions à Québecor, tout en demeurant à l'emploi de l'acheteur à la suite de la vente. Tout comme dans la présente affaire, il s'était engagé, au moyen d'une clause du contrat de vente d'actions, à ne pas faire concurrence à Québecor tant qu'il demeurait « employé de QUEBECOR INC., ou de GROUPE QUEBECOR INC. ou l'une de ses filiales et pendant une période de cinq (5) ans par la suite » (par. 28). M. Grégoire avançait que cette mention du statut d'employé impliquait que son engagement de non-concurrence y était limité. La Cour d'appel du Québec a jugé que la restriction était liée à la vente de ses actions à Québecor et non pas à son emploi après la vente. Elle a précisé que la référence à l'emploi de M. Grégoire « n'est qu'une balise pour la détermination de la période pendant laquelle l'engagement de non-concurrence restera en vigueur » (par. 36).

[54] Shortly after this, the Court of Appeal added:

[TRANSLATION] What the purchaser wanted was to ensure that members of the Grégoire family would not be able to take advantage of their special relationship with L'ECLAIREUR to subsequently become its competitors.

. . . .

In any event, I am of the opinion that the record contains no evidence to suggest that the non-competition covenant might have been motivated by anything other than the sale of the business.

I have considered whether the restrictive covenant might have been hybrid in origin. No support for this can be found in the evidence.

. . . .

His employment therefore had nothing to do with his non-competition covenant.

If the trial judge had engaged in an exhaustive analysis of the evidence in order to determine what the non-competition covenant was associated with, he could not, in my view, have reached any conclusion other than the one he reached taking a shortcut. The facts support his conclusion. [paras. 39-50]

[55] Like the Quebec Court of Appeal in *Grégoire*, this Court found in *Doerner* that a reference in a restrictive covenant to termination of employment did not change the essence of the covenant, namely that of an obligation accepted in connection with the sale of assets and not with a contract of employment. Such a reference does not have the effect of associating the obligation imposed in a restrictive covenant with another type of contract.

[56] The restrictive covenants in the case at bar relate to an agreement for the sale of assets. The ordinary meaning of the words used and the circumstances of the agreement support the argument that the covenants were made in relation to the sale of the assets. As a result, the scope of the clauses must be interpreted on the basis of the rules of commercial law, and the protection provided for in art. 2095 *C.C.Q.* therefore does not apply to the restrictive covenants of the October 2004 agreement.

[54] Un peu plus loin la Cour d'appel a ajouté :

Ce que l'acheteur voulait, c'est que les membres de la famille Grégoire ne puissent profiter de la relation privilégiée qu'ils avaient eue avec L'ECLAIREUR pour en devenir par la suite des compétiteurs.

. . . .

Quoiqu'il en soit, je suis d'avis que le dossier ne contient aucun élément de preuve pouvant laisser croire que l'engagement de non-concurrence ait pu être motivé par autre chose que la vente de l'entreprise.

Je me suis demandé si la clause restrictive pouvait être d'origine hybride. Cette hypothèse ne trouve aucun fondement dans la preuve.

. . . .

Son emploi n'a donc rien à voir à son engagement de non-concurrence.

Si le premier juge s'était employé à faire une analyse exhaustive de la preuve pour rechercher l'affinité de l'engagement de non-concurrence, il n'aurait pu à mon sens arriver à d'autre conclusion que celle à laquelle il est arrivé en prenant un raccourci. Les faits justifient sa conclusion. [par. 39-50]

[55] Tout comme la Cour d'appel du Québec dans *Grégoire*, notre Cour a elle aussi conclu, dans l'affaire *Doerner*, que la mention de la cessation d'emploi dans une clause restrictive ne modifiait pas pour autant le caractère essentiel de la clause, c'est-à-dire une obligation acceptée dans le cadre de la vente d'actifs et non d'un contrat de travail. Une telle mention n'a pas pour effet d'associer l'obligation imposée par une clause restrictive à un autre type de contrat.

[56] En l'espèce, les clauses restrictives sont liées à une convention de vente d'actifs. Le sens ordinaire des mots employés ainsi que les circonstances entourant la convention appuient la prétention selon laquelle ces clauses ont été établies en raison de la vente des actifs. En conséquence, la portée de ces clauses doit être interprétée en vertu des règles propres au droit commercial et la protection conférée par l'art. 2095 *C.c.Q.* ne s'applique donc pas aux clauses restrictives contenues dans la convention d'octobre 2004.

B. *Did the Court of Appeal Err in Finding That the Stipulations of Non-competition and Non-solicitation in Clauses 10.1 and 10.2 of the Agreement for the Sale of Assets Were Reasonable?*

[57] With respect, I am of the opinion that the Superior Court erred in law in relying on the rules applicable to contracts of employment when enquiring into whether the two restrictive covenants at issue were reasonable. Article 2089 *C.C.Q.*, which imposes stricter rules and reverses the employee's burden of proving that a restrictive covenant in a contract of employment is unreasonable, does not apply in this case. The burden of proof was therefore on the vendor, the appellant Payette, to prove that the covenants were in fact unreasonable on the basis of the criteria applicable in commercial law. He failed to discharge that burden.

(1) Reasonableness of Stipulations of Non-competition and Non-solicitation in a Contract for the Sale of Assets

[58] Whether non-competition and non-solicitation clauses in a contract for the sale of assets are reasonable must be determined on the basis of the rules that govern freedom of trade so as to favour the application of such restrictive covenants: *Burnac Corp. v. Les Entreprises Ludco Ltée*, [1991] R.D.I. 304 (Que. C.A.). This means that the criteria for analyzing restrictive covenants in a contract for the sale of assets will be less demanding and that the basis for finding such covenants to be reasonable will be much broader in the commercial context than in the context of a contract of employment. I am therefore of the opinion that, in the commercial context, a restrictive covenant is lawful unless it can be established on a balance of probabilities that its scope is unreasonable.

[59] The appellants argue that clauses 10.1 and 10.2 of the agreement for the sale of assets are unlawful because they are overly broad as to their term and to the territory to which they apply. In my opinion, the appellants are wrong. Let me explain.

B. *La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en concluant au caractère raisonnable des stipulations de non-concurrence et de non-sollicitation figurant aux clauses 10.1 et 10.2 de la convention de vente d'actifs?*

[57] Avec égards, j'estime que la Cour supérieure a commis une erreur de droit en s'appuyant sur les règles applicables aux contrats de travail dans l'examen du caractère raisonnable des deux clauses restrictives en litige. L'article 2089 *C.c.Q.*, qui impose des règles plus strictes et inverse, au profit du salarié, le fardeau de prouver le caractère déraisonnable d'une clause restrictive figurant dans un contrat de travail, ne trouve aucune application en l'espèce. En conséquence, le fardeau de la preuve incombait au vendeur, en l'occurrence l'appellant Payette, qui devait établir ce caractère déraisonnable, le cas échéant, à la lumière des critères propres au droit commercial. Il ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

(1) Le caractère raisonnable de stipulations de non-concurrence et de non-sollicitation dans un contrat de vente d'actifs

[58] L'analyse du caractère raisonnable de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation dans le cadre d'un contrat de vente d'actifs doit être fondée sur les règles qui régissent la liberté de commerce afin de favoriser l'application de telles clauses restrictives : *Burnac Corp. c. Les Entreprises Ludco Ltée*, [1991] R.D.I. 304 (C.A. Qué.). En conséquence, les critères d'analyse des clauses restrictives contenues dans un contrat de vente d'actifs seront moins exigeants et le caractère raisonnable de telles clauses sera apprécié de manière beaucoup plus large en matière commerciale qu'en matière de contrat de travail. Ainsi, je suis d'avis que, dans un contexte commercial, une clause restrictive est légale à moins que l'on puisse établir, par une preuve prépondérante, qu'elle est déraisonnable quant à sa portée.

[59] Les appelants avancent que les clauses 10.1 et 10.2 de la convention de vente d'actifs sont illégales en raison de leur portée excessive quant à la période et au territoire visés. J'estime qu'ils ont tort et voici pourquoi.

[60] It is important to note at the outset that the appellant Payette acknowledged that his covenants were reasonable in clause 10.4 of the agreement at issue. This Court is not bound by his acknowledgment, however, since it has to determine whether the covenants in question are valid. The acknowledgment is nevertheless an additional factor, and an indicator that is both relevant to and useful for the assessment of whether the covenants are reasonable, and hence valid. What, then, are the reasonable limits of the covenants in issue?

(2) Non-competition Covenant (Clause 10.1)

[61] In a commercial context, a non-competition covenant will be found to be reasonable and lawful provided that it is limited, as to its term and to the territory and activities to which it applies, to whatever is necessary for the protection of the legitimate interests of the party in whose favour it was granted: *Copiscope Inc. v. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.*, 1998 CanLII 12603 (Que. C.A.). Whether a non-competition clause is valid in such a context depends on the circumstances in which the contract containing it was entered into. The factors that can be taken into consideration include the sale price, the nature of the business's activities, the parties' experience and expertise and the fact that the parties had access to the services of legal counsel and other professionals. Each case must be considered in light of its specific circumstances.

[62] To properly assess the scope of the obligation of non-competition (and that of non-solicitation), it is also necessary to consider the circumstances of the parties' negotiations, including their level of expertise and experience and the extent of the resources to which they had access at that time. Here, the evidence showed that the October 2004 agreement, which had a substantial value of \$26 million, was entered into following lengthy negotiations between well-informed businesspeople who were on equal terms and were being advised by legal and accounting professionals. Even Thibault J.A., in her dissenting reasons, acknowledged that all those involved were experienced businesspeople and that the negotiations had been conducted on an equal

[60] D'entrée de jeu, il importe de souligner que, à la clause 10.4 de la convention en cause, l'appelant Payette reconnaît le caractère raisonnable de ses engagements. Même si notre Cour n'est pas liée par cette reconnaissance, puisqu'elle doit décider de la validité des clauses en question, il s'agit néanmoins d'un facteur additionnel et d'un indice à la fois pertinent et utile pour apprécier le caractère raisonnable et, partant, la validité de ces clauses. Quelles sont donc les limites raisonnables desdites clauses en litige?

(2) L'engagement de non-concurrence (la clause 10.1)

[61] En matière commerciale, un engagement de non-concurrence sera jugé raisonnable et légal à la condition d'être limité, quant à sa durée, à son territoire et aux activités qu'il vise, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de la partie en faveur de laquelle il a été pris : *Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.*, 1998 CanLII 12603 (C.A. Qué.). La validité d'une clause de non-concurrence en semblable matière dépend du contexte de la conclusion du contrat dans lequel figure la clause en question. Peuvent être pris en considération, le prix de vente, la nature des activités de l'entreprise, l'expérience et l'expertise des parties ainsi que le fait que celles-ci ont eu accès aux services de conseillers juridiques et autres professionnels. Chaque cas doit être examiné en fonction des circonstances qui lui sont propres.

[62] Pour bien évaluer la portée des obligations de non-concurrence (et de non-sollicitation), il est également nécessaire de tenir compte des circonstances des négociations entre les parties, notamment le degré d'expertise et d'expérience de ces dernières, ainsi que l'ampleur des ressources auxquelles elles ont eu accès à cette occasion. En l'espèce, la preuve a démontré que la convention d'octobre 2004, d'une valeur substantielle de 26 millions de dollars, a été conclue après de longues négociations entre des gens d'affaires avertis, agissant à armes égales et conseillés par des professionnels du droit et de la comptabilité. Même la juge Thibault dans ses motifs de dissidence reconnaît que tous les acteurs étaient des personnes rompues aux affaires ayant

footing. There was therefore no imbalance of power between the appellant Payette and the respondent, Guay inc., and Mr. Payette was capable of fully appreciating the extent of the obligations by which he agreed to be bound.

(a) *Term*

[63] A non-competition clause in a commercial contract must of course be limited as to time, or it will be found to be contrary to public order and a court will refuse to give effect to it. See, for example, *Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée v. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée*, [1992] R.J.Q. 2608 (Sup. Ct.); see also *Allard v. Cloutier* (1919), 29 B.R. 565, at p. 567. Whether the term of a clause is reasonable must be assessed on the basis of the specific circumstances of the case before the court, including the nature of the activities to which the clause applies. For example, in the case of a sale of assets between well-informed persons who are represented by competent counsel, it is likely, although there may be exceptions, that the clause so negotiated is reasonable. In assessing these factors, the Quebec courts have found non-competition clauses in commercial contracts that applied for as long as 10 years to be valid: *Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. v. Trans-Canada Thermographing Ltd.*, SOQUIJ AZ-92021644 (Sup. Ct.); *Papeterie L'Écriteau inc. v. Barbier*, [1998] J.Q. n° 5090 (QL) (Sup. Ct.).

[64] In the instant case, there is no evidence that the stipulated period of five years from the date on which the appellant Payette ceased to be employed by the respondent, Guay inc., is unreasonable. The courts regularly find clauses with similar terms valid. Everything depends on the nature of the business, and each case must be assessed in light of its own circumstances. Here, the highly specialized nature of the business's activities weighs in favour of finding a longer period of up to five years to be valid. Indeed, this was not in issue at trial, as the parties recognized the specialized nature of the business's activities.

négocié sur un pied d'égalité. Le rapport de forces entre l'appelant Payette et l'intimée Guay inc. ne souffrait donc pas de déséquilibre et l'appelant Payette était en mesure d'apprécier pleinement l'étendue des obligations auxquelles il a accepté de s'astreindre.

a) *Durée*

[63] Une clause de non-concurrence insérée à un contrat commercial doit bien sûr être limitée quant au temps, à défaut de quoi elle sera jugée contraire à l'ordre public et les tribunaux refuseront de lui donner effet. À titre d'exemples, voir *Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée c. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée*, [1992] R.J.Q. 2608 (C.S.); voir aussi *Allard c. Cloutier* (1919), 29 B.R. 565, p. 567. Le caractère raisonnable de la durée d'une clause doit être évalué en fonction des circonstances particulières de chaque espèce et, notamment, de la nature des activités visées. Par exemple, en cas de vente d'actifs entre personnes averties et représentées par des avocats compétents, il est loisible de conclure, sauf exception, au caractère raisonnable de la clause ainsi négociée. L'évaluation de ces facteurs a amené les tribunaux au Québec à reconnaître la validité de clauses de non-concurrence figurant dans des contrats commerciaux et dont la période d'application allait dans certains cas jusqu'à 10 ans : *Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. c. Trans-Canada Thermographing Ltd.*, SOQUIJ AZ-92021644 (C.S.); *Papeterie L'Écriteau inc. c. Barbier*, [1998] J.Q. n° 5090 (QL) (C.S.).

[64] En l'espèce, il n'existe aucun élément de preuve indiquant que la période de cinq ans prévue à compter de la date à laquelle l'appelant Payette a cessé d'être à l'emploi de l'intimée Guay inc. est déraisonnable. Les tribunaux reconnaissent régulièrement la validité de clauses d'une telle durée. Tout est fonction de la nature de l'entreprise, et chaque cas doit être évalué selon les circonstances qui lui sont propres. Ici, la nature très spécialisée des activités de l'entreprise milite en faveur de la reconnaissance de la validité d'un délai plus étendu jusqu'à cinq ans. D'ailleurs, cette question n'était pas controversée en première instance, puisque les parties ont admis le caractère spécialisé des activités de l'entreprise.

(b) *Territorial Scope*

[65] The covenant’s territorial scope requires a more thorough analysis. In principle, the territory to which a non-competition covenant applies is [TRANSLATION] “limited to that in which the business being sold carries on its trade or activities . . . as of the date of the transaction”: N.-A. Béliveau and S. LeBel, “Les clauses de non-concurrence en matière d’emploi et en matière de vente d’entreprise: du pareil au même?”, in *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence* (2011), 113, at p. 182. A non-competition clause that applies outside the territory in which the business operates is contrary to public order. In this case, the trial judge found that the territorial scope of the non-competition clause was overly broad, because the clause applied to the entire province of Quebec even though the territory served by Groupe Fortier was limited to the Montréal area.

[66] With respect, the trial judge made a clear and determinative error in his assessment of the facts in defining the territory served by Groupe Fortier. This error was not limited to his interpretation of the facts or his assessment of the credibility of witnesses. Rather, it relates to a sensitive matter at the very heart of the point of law at issue. In his affidavit of May 5, 2010, the appellant Payette stated that the business carried on [TRANSLATION] “the vast majority” — not “all” — of its activities in the Montréal area: A.R., vol. I, at p. 120. In light of this more precise description of the territory in which the business being sold carries on its trade, the territorial scope of the non-competition clause is not excessive.

[67] As the majority of the Court of Appeal emphasized, the crane rental market is unique: [TRANSLATION] “Cranes are mobile. They go where the construction sites are. The activities of this type of company therefore depend more on how construction sites are dispersed than on the company’s places of business” (para. 84). In light of the unique nature of the crane rental industry,

b) *Portée territoriale*

[65] L’examen de la portée territoriale de la clause commande une analyse plus approfondie. En principe, le territoire visé par un engagement de non-concurrence est « limité à celui dans lequel s’exercent le commerce ou les activités de l’entreprise vendue [. . .] à la date de la transaction » : N.-A. Béliveau et S. LeBel, « Les clauses de non-concurrence en matière d’emploi et en matière de vente d’entreprise : du pareil au même? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence* (2011), 113, p. 182. Une clause de non-concurrence qui excède le territoire des activités de l’entreprise est contraire à l’ordre public. En l’espèce, le juge de première instance a conclu que la portée territoriale de la clause de non-concurrence était trop large, parce que celle-ci visait l’ensemble de la province de Québec, alors que le territoire exploité par le Groupe Fortier se limitait à la région de Montréal.

[66] Avec égards, le premier juge a commis une erreur manifeste et déterminante dans l’évaluation des faits lorsqu’il s’est prononcé sur le territoire exploité par le Groupe Fortier. Il ne s’agit pas d’une simple erreur d’interprétation des faits ou d’appréciation de la crédibilité de témoignages. Il s’agit d’une erreur relative à un élément névralgique au cœur même du moyen de droit invoqué. Dans son affidavit du 5 mai 2010, l’appellant Payette a précisé que « la très grande majorité » — et non pas la « totalité » — des activités de l’entreprise s’exerçait dans la grande région de Montréal : d.a., vol. I, p. 120. Compte tenu de cette description plus précise du territoire où l’entreprise vendue exerçait son commerce, la portée territoriale de la clause de non-concurrence n’est pas excessive.

[67] Comme l’a souligné la majorité de la Cour d’appel, le marché de la location de grues est particulier : « Les grues sont mobiles, elles se déplacent au gré des chantiers de construction. Les activités de ce type d’entreprise sont donc plus fonction du dispersement des chantiers que des places d’affaires de l’entreprise » (par. 84). Vu la nature particulière de l’industrie de la location de grues, le territoire

the territory to which the non-competition covenant applies is not broader than is necessary to protect the legitimate interests of the respondent, Guay inc.

(3) Non-solicitation Covenant (Clause 10.2)

[68] The appellants argue that the covenant set out in clause 10.2 is unreasonable because of its term and of the absence of a territorial limitation. They rely on the analysis of the trial judge, who found that the words [TRANSLATION] “do business or attempt to do business” in clause 10.2 created a hybrid non-competition covenant and prohibition against soliciting the purchaser’s employees and customers. The appellants submit that clause 10.2, like clause 10.1, therefore had to contain a geographic limitation. In my opinion, they are wrong.

[69] It is in my view perfectly legitimate and reasonable to state that the words “do business” can in theory refer to the act of competing. However, a thorough review of the circumstances in which the October 2004 agreement was negotiated does not support such an interpretation in this case, as the restrictive covenants at issue can be distinguished from one another as regards both their purposes and their objectives. While it is true that in the case of a non-competition clause, the territory to which the clause applies must be identified, a determination that a non-solicitation clause is reasonable and lawful does not generally require a territorial limitation.

[70] At the hearing, the appellants referred in support of their argument to a proposition enunciated by Marie-France Bich, now a judge of the Quebec Court of Appeal, that a non-solicitation clause must be interpreted using the same factors as for a non-competition clause, and must therefore be limited not only as to time but also as to territory: “La viduité post-emploi: loyauté, discrétion et clauses restrictives”, in *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2003), 243. The Court of Appeal applied this proposition of Bich J.A. in *Robitaille v.*

visé par l’engagement de non-concurrence n’excède pas les limites nécessaires pour protéger les intérêts légitimes de l’intimée Guay inc.

(3) L’engagement de non-sollicitation (la clause 10.2)

[68] Les appelants soutiennent que l’engagement prévu à la clause 10.2 est déraisonnable en raison de sa durée et de l’absence d’une limitation territoriale. Ils s’appuient sur l’analyse du juge de première instance, qui a vu dans les mots « faire affaires ou tenter de faire affaires » de la clause 10.2 un engagement hybride de non-concurrence ainsi qu’une interdiction de sollicitation des employés et des clients de l’acheteur. En conséquence, les appelants soutiennent que, tout comme c’est le cas pour la clause 10.1, une limitation géographique doit accompagner la clause 10.2. J’estime qu’ils ont tort.

[69] Je suis d’avis qu’il est tout à fait légitime et raisonnable de conclure que les mots « faire affaires » peuvent théoriquement viser l’acte de faire concurrence. Cependant, un examen sérieux des circonstances entourant la négociation de la convention d’octobre 2004 ne permet pas en l’espèce de retenir une telle interprétation car les clauses restrictives en cause se distinguent l’une de l’autre, tant de par leurs finalités que leurs objectifs. Or, s’il est vrai qu’une clause de non-concurrence exige la détermination du territoire visé, une telle limite n’est pas généralement essentielle au caractère raisonnable et à la légalité d’une clause de non-sollicitation.

[70] À l’audience, les appelants ont appuyé leur prétention en évoquant une proposition formulée par Marie-France Bich, maintenant à la Cour d’appel du Québec, suivant laquelle une clause de non-sollicitation est assujettie aux mêmes paramètres d’interprétation qu’une clause de non-concurrence et doit donc être limitée non seulement quant au temps, mais également quant au territoire : « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2003), 243. Cette proposition de la juge Bich

Gestion L. Jalbert inc., 2007 QCCA 1052 (CanLII). With respect, a distinction must be drawn between a non-solicitation clause and a non-competition clause. Let me explain.

[71] In the case at bar, there are valid reasons for rejecting an approach according to which the validity of a non-solicitation clause is conditional on a territorial limitation. First, it must be borne in mind that Bich J.A.'s analysis and the Court of Appeal's examination of the issue in *Robitaille* were conducted in the context of legislative provisions designed to protect employees from unreasonable non-competition clauses, and the question was whether the provisions in question also applied to non-solicitation clauses. In other words, the analysis concerned a legislative scheme that applied exclusively to contracts of employment or service. There is no such legislative scheme applicable to non-competition clauses in contracts for the sale of assets. Where contracts for the sale of assets are concerned, the courts will be more deferential as regards the balance usually sought by the parties to such a contract between the protection of the employer's legitimate interests and the principle of free competition. The rules applicable to restrictive covenants are much less stringent in this context.

[72] In addition, the nature of a non-solicitation clause agreed to in the context of specialized commercial activities leads to the conclusion that the validity of such a covenant does not depend on the existence of a territorial limitation. Generally speaking, the object of a non-solicitation clause is narrower than that of a non-competition clause, and the obligations assumed under a non-solicitation clause are less strict than those assumed under a non-competition clause. As Patrick L. Benaroché notes, [TRANSLATION] "the courts assess the reasonableness of non-solicitation clauses in broader terms, because the intended protection is narrower in scope than under a true non-competition clause", and they have, even in the context of a contract of

a été reprise par la Cour d'appel dans l'arrêt *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, 2007 QCCA 1052 (CanLII). Avec égards pour l'opinion contraire, une distinction s'impose entre une clause de non-sollicitation, d'une part, et une clause de non-concurrence, d'autre part. Je m'explique.

[71] Dans le cadre du pourvoi devant notre Cour, des raisons valables justifient le rejet d'une approche qui subordonne la validité d'une clause de non-sollicitation à une limitation territoriale. Tout d'abord, il faut rappeler que l'analyse faite par la juge Bich ainsi que la question considérée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Robitaille* s'inscrivent dans le contexte de dispositions législatives visant à protéger les salariés contre des clauses de non-concurrence déraisonnables, la question étant de savoir si elles s'appliquent également aux clauses de non-sollicitation. En d'autres termes, cette analyse cible le contexte du régime législatif qui s'adresse exclusivement aux contrats de travail ou de louage de services. Il n'existe pas de tel régime législatif applicable aux clauses de non-concurrence figurant dans les contrats de vente d'actifs. Dans le cas d'un contrat de vente d'actifs, les tribunaux auront plus de déférence quant à l'équilibre, que souhaitent habituellement les parties à un tel contrat, entre la protection des intérêts légitimes de l'employeur et le principe de la libre concurrence. Les règles régissant les clauses restrictives dans ce contexte sont beaucoup moins exigeantes.

[72] De plus, la nature d'une clause de non-sollicitation établie dans le cadre d'activités commerciales spécialisées incite à conclure que la validité d'un tel engagement n'est pas tributaire de l'existence d'une limitation territoriale. Habituellement, l'objet de clauses de non-sollicitation est plus étroit que celui des clauses de non-concurrence et crée des obligations moins strictes que ces dernières. Comme le souligne l'auteur Patrick L. Benaroché, « les tribunaux apprécient le caractère raisonnable des clauses de non-sollicitation plus largement, car la protection visée a une portée plus restreinte qu'une véritable clause de non-concurrence », et la jurisprudence, même dans le contexte d'un contrat de travail, « se

employment, “proven to be more liberal with respect to the former than to the latter”: “La non-sollicitation: paramètres juridiques applicables en matière d’emploi”, in Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 289, *Développements récents sur la non-concurrence* (2008), 183, at pp. 193 and 200.

[73] Moreover, I am of the opinion that a territorial limitation is not absolutely necessary for a non-solicitation clause applying to all or some of the vendor’s customers to be valid, since such a limitation can easily be identified by analyzing the target customers. In *World Wide Chemicals Inc. v. Bolduc*, 1991 CarswellQue 1157, *L.E.L. Marketing Ltée v. Otis*, [1989] Q.J. No. 1229 (QL), and *Moore Corp. v. Charette* (1987), 19 C.C.E.L. 277, for example, the Superior Court noted that a non-solicitation clause does not require a geographic limitation. Finally, in the context of the modern economy, and in particular of new technologies, customers are no longer limited geographically, which means that territorial limitations in non-solicitation clauses have generally become obsolete.

[74] In the instant case, the trial judge’s interpretation of clause 10.2 strays from the actual intention of the parties, who negotiated and agreed to the inclusion of two separate clauses, one dealing with competition and the other dealing specifically with solicitation. If a pragmatic, rational and coherent approach is taken, the two clauses must be interpreted separately on the basis of their objectives. Moreover, the common meaning of the words normally used in such a context must not be disregarded. The fact that a non-competition component was added to the concept of solicitation even though clause 10.2 specifically precluded solicitation of the business’s customers and employees can lead to only one logical and coherent conclusion if the wording of that clause is assessed as a whole: the parties did in fact agree on separate obligations in clause 10.1 and clause 10.2. In my opinion, therefore, the failure to include a territorial limitation in the non-solicitation clause does not

montre plus libérale à l’égard de la première que de la seconde » : « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d’emploi », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 289, *Développements récents sur la non-concurrence* (2008), 183, p. 193 et 200.

[73] Au surplus, je suis d’avis qu’une clause de non-sollicitation visant la totalité ou une partie de la clientèle ainsi protégée ne doit pas nécessairement comporter une limitation territoriale pour être valide, car celle-ci peut être aisément circonscrite par l’analyse de la clientèle ciblée. À titre d’exemples, dans les décisions *World Wide Chemicals Inc. c. Bolduc*, 1991 CarswellQue 1157, *L.E.L. Marketing Ltée c. Otis*, [1989] Q.J. No. 1229 (QL), et *Moore Corp. c. Charette* (1987), 19 C.C.E.L. 277, la Cour supérieure a rappelé qu’une restriction géographique est superflue dans la cadre d’une clause de non-sollicitation. Finalement, l’économie moderne, et notamment les nouvelles technologies, ne limitent plus la clientèle d’un point de vue géographique, ce qui témoigne généralement du caractère obsolète d’une limitation territoriale dans une clause de non-sollicitation.

[74] En l’espèce, l’interprétation de la clause 10.2 qu’a donnée le juge de première instance s’éloigne de l’intention réelle des parties, qui ont négocié et accepté l’inclusion de deux clauses distinctes, l’une portant sur la concurrence et l’autre visant spécifiquement la sollicitation. Une approche pragmatique, rationnelle et cohérente demande que les deux clauses soient interprétées de façon distincte, selon les objectifs recherchés. De plus, on ne saurait faire abstraction du sens commun des mots utilisés habituellement en semblable matière. Le fait d’ajouter à la notion de sollicitation un volet de non-concurrence, alors que la clause 10.2 porte spécifiquement sur la non-sollicitation de clients de l’entreprise ou de ses employés, ne peut mener qu’à une seule conclusion logique et cohérente lorsque le libellé de cette clause est apprécié dans son ensemble : les parties ont bel et bien convenu d’obligations distinctes à la clause 10.1 et à la clause 10.2. Partant, l’omission d’inclure une limite territoriale à

support a finding that the clause is unreasonable, which means that it is lawful.

V. Disposition

[75] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Quebec Court of Appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Norton Rose Fulbright Canada, Québec.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie Aubut, Québec.

la clause de non-sollicitation ne permet pas, à mon sens, de conclure au caractère déraisonnable de cette dernière, laquelle est donc légale.

V. Dispositif

[75] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel et je confirmerais la décision de la Cour d'appel du Québec, le tout avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Norton Rose Fulbright Canada, Québec.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie Aubut, Québec.

Régie des rentes du Québec *Appellant*

v.

Canada Bread Company Ltd., Sean Kelly, in his capacity as trustee of the Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund, Multi-Marques Inc., Multi-Marques Distribution Inc. and Bakery, Confectionery, Tobacco Workers and Grain Millers International Union, Local 468 *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Robert Thauvette and Administrative Tribunal of Québec *Interveners*

INDEXED AS: RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC v. CANADA BREAD COMPANY LTD.

2013 SCC 46

File No.: 34505.

2013: April 17; 2013: September 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Legislation — Retroactivity — Declaratory provisions — Régie des rentes du Québec effecting partial termination of pension plan — Legislation amending Supplemental Pension Plans Act coming into force after Court of Appeal set aside Régie’s decision and remitted case to Régie for redetermination — New declaratory provisions applying to pending cases — Whether dispute between parties was pending when provisions came into force — Whether Court of Appeal’s judgment fully and definitively adjudicated rights and obligations of parties that resulted from partial termination of pension plan — Whether Régie was entitled to give effect to declaratory provisions in resolving dispute between parties — An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative

Régie des rentes du Québec *Appelante*

c.

Canada Bread Company Ltd., Sean Kelly, en sa qualité de fiduciaire du Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund, Multi-Marques Inc., Multi-Marques Distribution Inc. et Bakery, Confectionery, Tobacco Workers and Grain Millers International Union, Local 468 *Intimés*

et

Procureur général du Québec, Robert Thauvette et Tribunal administratif du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC c. CANADA BREAD COMPANY LTD.

2013 CSC 46

N° du greffe : 34505.

2013 : 17 avril; 2013 : 13 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Législation — Rétroactivité — Dispositions déclaratoires — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d’un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l’annulation de la décision de la Régie par la Cour d’appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l’affaire — Nouvelles dispositions déclaratoires applicables aux causes pendantes — Le litige entre les parties était-il pendant à l’entrée en vigueur des dispositions? — L’arrêt de la Cour d’appel a-t-il statué entièrement et définitivement sur les droits et obligations des parties découlant des terminaisons partielles du régime de retraite? — La Régie pouvait-elle donner effet aux dispositions déclaratoires pour trancher le litige

provisions, S.Q. 2008, c. 21 — Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 14.1, 228.1, 319.1.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Régie des rentes du Québec effecting partial termination of pension plan — Legislation amending Supplemental Pension Plans Act coming into force after Court of Appeal set aside Régie’s decision and remitted case to Régie for redetermination — Whether it was open to Régie to take new statutory provisions into consideration in determining outcome of case — An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions, S.Q. 2008, c. 21 — Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 14.1, 228.1, 319.1.

As a result of the closure of two divisions of the employer, Multi-Markes, the Régie des rentes du Québec issued two decisions under Quebec’s *Supplemental Pension Plans Act* (“SPPA”) to effect the partial termination of the pension plan of the divisions’ employees. Multi-Markes challenged the manner in which the termination was carried out, arguing that under ss. 9.12 and 9.13 of the plan’s rules, employee benefits should be reduced if employer contributions were insufficient to pay the pension fund’s shortfall. A review committee convened by the Régie decided that ss. 9.12 and 9.13 were incompatible with the SPPA, which provides that where the assets of a pension plan are insufficient to satisfy the rights of the plan’s members and beneficiaries, the amount of the deficiency constitutes a debt of the employer. This decision was subsequently affirmed by the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”) and by the Superior Court, but the Court of Appeal found that ss. 9.12 and 9.13 were not incompatible with the SPPA and accordingly remitted the matter to the Régie, ordering the latter to review its initial decisions in conformity with the Court of Appeal’s judgment.

While an application for leave to appeal from the Court of Appeal’s decision was pending in this Court, the SPPA was amended by adding ss. 14.1 and 228.1. In these provisions, the legislature essentially adopted the Régie’s approach to the application of ss. 9.12 and 9.13 of the plan’s rules and rejected the approach taken by the Court of Appeal. After the application for leave to appeal had been dismissed, the Régie undertook to

qui opposait les parties? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d’autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d’un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l’annulation de la décision de la Régie par la Cour d’appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l’affaire — La Régie pouvait-elle tenir compte des nouvelles dispositions déclaratoires pour statuer sur l’affaire? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d’autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

Par suite de la fermeture de deux divisions de l’employeur, Multi-Markes, la Régie des rentes du Québec a rendu, en application de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* du Québec (« LRRCR »), deux décisions qui terminaient partiellement le régime de retraite des employés de ces divisions. Multi-Markes a contesté la façon dont la terminaison avait été exécutée, faisant valoir que, selon les art. 9.12 et 9.13 des règles du régime, les droits des employés devaient être réduits si les cotisations de l’employeur étaient insuffisantes pour éponger le déficit du régime. Un comité de révision à qui la Régie a soumis la question a conclu que les art. 9.12 et 9.13 étaient incompatibles avec la LRRCR, aux termes de laquelle le manque d’actifs d’un régime de pension nécessaires à l’acquittement des droits des participants et des bénéficiaires constitue une dette de l’employeur. Cette décision a été confirmée par le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») et par la Cour supérieure. La Cour d’appel a toutefois conclu que les art. 9.12 et 9.13 n’étaient pas incompatibles avec la LRRCR et a donc renvoyé l’affaire à la Régie en lui enjoignant de réviser ses décisions initiales en tenant compte des principes se dégageant de son jugement.

Pendant qu’une demande d’autorisation d’appel de la décision de la Cour d’appel était pendante devant notre Cour, la LRRCR a été modifiée par l’adjonction des art. 14.1 et 228.1. En adoptant ces dispositions, le législateur consacrait essentiellement le point de vue de la Régie relativement à l’application des art. 9.12 et 9.13 des règles du régime et rejetait l’interprétation de la Cour d’appel. Après le rejet de la demande d’autorisation

complete the partial termination of the pension plan. Instead of following the Court of Appeal's directions, the Régie's review committee applied the new provisions of the *SPPA*, and accordingly refused to apply ss. 9.12 and 9.13 and confirmed its initial decisions. The ATQ upheld the Régie's decision. On judicial review, the Superior Court set aside the ATQ's decision. The Court of Appeal dismissed the Régie's appeal on the ground that, once the application for leave to appeal had been dismissed, the Court of Appeal's initial judgment had acquired the authority of a final judgment and should have been followed by the Régie.

Held (McLachlin C.J. and Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The principle of *res judicata*, which precludes parties from relitigating an issue in respect of which a final determination has been made as between them, does not preclude the legislature from negating the effects of such a determination. It is within the prerogative of the legislature to enter the domain of the courts and offer a binding interpretation of its own law by enacting declaratory legislation. Such legislation has an immediate effect on pending cases, and is therefore an exception to the general rule that legislation is prospective. Section 319.1 of the *SPPA*, which was enacted at the same time as ss. 14.1 and 228.1, expressly provides that these provisions are declaratory. In addition to this unambiguous language, the circumstances of their enactment show that the legislature intended them to be declaratory. It can be seen from the debate that led up to their enactment that the legislature's objective was to overrule the Court of Appeal's decision in order to protect the plan's members and beneficiaries and to ensure that the decision in question would not become a precedent that would be binding on the courts in pending and future cases.

The concept of the final judgment that does not ultimately determine the rights and obligations of the parties is the basis for distinguishing pending cases from those that are not pending. Here, when the declaratory provisions came into force, the case between the parties was still pending. The Court of Appeal's decision resulted in a final determination only on the question of law relating to the interpretation of certain provisions of the pension plan's rules and their compatibility with the *SPPA*. The court remitted the question of the parties' substantive rights in light of this interpretation to the Régie for determination. The terms of the partial termination of the fund had yet to be determined. Because the Court of Appeal had remitted the matter to it, the Régie was a competent authority properly charged with

d'appel, la Régie a entrepris de mener à terme la terminaison partielle du régime de retraite. Au lieu de suivre les directives de la Cour d'appel, le comité de révision de la Régie a appliqué les nouvelles dispositions de la *LRCR*. Elle a donc refusé de donner effet aux art. 9.12 et 9.13 et elle a confirmé ses décisions initiales. Le TAQ a confirmé la décision de la Régie. À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure a annulé la décision du TAQ. La Cour d'appel a rejeté le pourvoi de la Régie au motif que, une fois la demande d'autorisation rejetée, l'arrêt initial de la Cour d'appel est passé en force de chose jugée et la Régie aurait dû s'y conformer.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : Le principe de la chose jugée, qui empêche les parties de soumettre à nouveau aux tribunaux une question qui a fait l'objet d'un jugement définitif à leur égard, n'empêche pas pour autant le législateur d'intervenir pour annuler les effets d'un tel jugement. Il entre dans la prerogative du législateur de jouer un rôle judiciaire et de déterminer par des lois déclaratoires l'interprétation que doivent recevoir ses lois. De telles lois ont un effet immédiat sur les affaires pendantes et elles font donc exception à la règle générale du caractère prospectif de la loi. L'article 319.1 de la *LRCR*, qui a été adopté en même temps que les art. 14.1 et 228.1, énonce expressément que ces dispositions sont déclaratoires. Au libellé sans équivoque de cette disposition s'ajoutent les circonstances de leur adoption, qui témoignent de l'intention du législateur qu'elles soient déclaratoires. Il ressort des délibérations ayant mené à leur adoption que le législateur voulait infirmer l'arrêt de la Cour d'appel afin de protéger les participants et bénéficiaires du régime et d'empêcher que la décision n'acquière valeur de précédent et ne lie les tribunaux dans les affaires pendantes ou futures.

Le concept de jugement définitif qui ne statue pas ultimement sur les droits et obligations des parties est celui qui permet de distinguer les affaires pendantes des affaires non pendantes. En l'espèce, à l'entrée en vigueur des dispositions déclaratoires, le litige entre les parties était encore pendante. L'arrêt de la Cour d'appel n'a statué définitivement que sur une question de droit relative à l'interprétation de certaines dispositions des règles du régime de retraite et à leur compatibilité avec la *LRCR*. La cour a renvoyé à la Régie la question des droits substantiels des parties pour qu'elle en décide en tenant compte de cette interprétation. Les modalités des terminaisons partielles du régime n'avaient pas encore été établies. La Cour d'appel lui ayant renvoyé la cause, la Régie était une autorité compétente à qui il appartenait

resolving a pending case when the declaratory provisions came into force. It was therefore open to the Régie to take them into consideration in determining the outcome of that case. Where an administrative decision-maker has a duty to follow the directions of a reviewing court, it is on the basis of *stare decisis*. It is therefore obligated to follow such directions, but only insofar as they remain good law. In the instant case, the declaratory legislation is not ambiguous, and the National Assembly decided unanimously to counter the effect of the Court of Appeal's decision by enabling the Régie to interpret the *SPPA* in a manner consistent with what the legislature considered to be the Act's true objectives. As a result of the legislature's intervention, the Court of Appeal's directions became bad law. Accordingly, the Régie was not only entitled to interpret the *SPPA* in light of the declaratory provisions, it was obligated to do so.

Per McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting): When a retroactive law comes into force while a case is being appealed, it falls to be applied by whatever level of appellate court is seized of the matter at that time. In the present case, only the Supreme Court of Canada, before which an application for leave to appeal was pending at the time of the coming into force of the retroactive provisions, had the jurisdiction to apply the provisions to resolve the dispute between Multi-Markes and the pension beneficiaries. Once it denied leave to appeal, all avenues of appeal were exhausted. Consequently, the Quebec Court of Appeal's judgment acquired the authority of *res judicata* between the parties with respect to the issue of whether the employer's funding obligations could be limited by clauses 9.12 and 9.13 of the pension plan's rules.

The precise monetary liability of the employer was not determined by the Court of Appeal's disposition, and the matter was remitted back to the Régie for a computation of that liability. However, the fact that this remained in issue does not make the declaratory provisions applicable to this dispute. There is no principled basis on which to conclude that declaratory laws apply to judicial determinations for which all avenues of appeal have been exhausted, but which fall short of determining every issue in dispute. This runs counter to the principle that declaratory provisions must be interpreted and applied restrictively, and to the correlative principle that clear statutory language is required to extinguish the effects of a judgment as between the parties. The declaratory law in this case does not contain such language. It follows that the Court of Appeal's judgment was final and binding.

de trancher une affaire qui était pendante à l'entrée en vigueur des dispositions déclaratoires. Elle pouvait donc tenir compte de ces dispositions pour statuer sur l'affaire. Lorsqu'il revient à un décideur administratif de suivre les directives d'une cour de révision, c'est en application du principe du *stare decisis*. Le décideur est donc tenu de suivre ces directives, mais dans la seule mesure où elles demeurent juridiquement valables. En l'espèce, la loi déclaratoire n'est pas ambiguë et l'Assemblée nationale a décidé unanimement de contrer l'effet de la décision de la Cour d'appel en permettant à la Régie d'interpréter la *LRCR* conformément à ce que le législateur considèrerait être les véritables objectifs de cette Loi. L'intervention du législateur a donc privé les directives de la Cour d'appel de leur validité juridique. En conséquence, la Régie n'était pas seulement habilitée à interpréter la *LRCR* en fonction des dispositions déclaratoires, elle en avait l'obligation.

La juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents) : Lorsqu'une loi rétroactive entre en vigueur pendant qu'une cause est portée en appel, il appartient à la juridiction d'appel alors saisie de l'appliquer. En l'espèce, seule la Cour suprême du Canada, qui était saisie d'une demande d'autorisation d'appel à la date où les dispositions rétroactives sont entrées en vigueur, avait compétence pour appliquer les dispositions en vue de trancher le différend opposant Multi-Markes aux bénéficiaires du régime de retraite. Le rejet de cette demande a épuisé toutes les voies d'appel. Le jugement de la Cour d'appel du Québec a donc acquis l'autorité de la chose jugée entre les parties concernant la question de savoir si les art. 9.12 et 9.13 des règles du régime pouvaient restreindre les obligations de l'employeur en matière de financement.

La décision de la Cour d'appel n'a pas établi à combien se chiffre précisément l'obligation pécuniaire de l'employeur, et la cour a renvoyé l'affaire à la Régie pour qu'elle le fasse. Le fait que cette question n'était pas résolue ne rend toutefois pas les dispositions déclaratoires applicables au présent litige. Aucun principe de droit ne permet de conclure que les lois déclaratoires s'appliquent aux décisions judiciaires pour lesquelles toutes les voies d'appel ont été épuisées, mais qui ne statuent pas sur toutes les questions en litige. Une telle conclusion irait à l'encontre du principe voulant que les dispositions déclaratoires doivent recevoir une interprétation et une application restrictives, et à l'encontre du principe corrélatif suivant lequel un texte législatif clair est nécessaire pour annuler les effets d'un jugement à l'égard des parties. En l'espèce, la loi déclaratoire n'a pas la clarté voulue. Il s'ensuit que le jugement de la Cour d'appel était définitif et exécutoire.

There was no authority for the Régie's purported jurisdiction to determine afresh whether Multi-Marques' funding obligations were limited by clauses 9.12 and 9.13 of the pension plan's rules. The Court of Appeal's directions did not instruct the Régie to determine the matter afresh. Nor does the Régie's enabling statute contain any provisions that allow it to review a matter on which a higher court has passed judgment. The Régie had to fulfill the task for which the case had been remitted to it, i.e. compute the precise monetary liability that resulted from the substantive rights and obligations determined by the Court of Appeal. By failing to do so, the Régie effectively circumvented the process of judicial review and reinstated its original decision without having the jurisdiction to do so.

Cases Cited

By Wagner J.

Considered: *Western Minerals Ltd. v. Gaumont*, [1953] 1 S.C.R. 345; **referred to:** *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Zadvorny v. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Barbour v. University of British Columbia*, 2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. vi; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Société canadienne de métaux Reynolds ltée v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 45; *Western Minerals Ltd. v. Gaumont*, [1953] 1 S.C.R. 345; *CNG Producing Co. v. Alberta (Provincial Treasurer)*, 2002 ABCA 207, 317 A.R. 171; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504; *Zadvorny v. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59; *Hornby Island Trust Ctee. v. Stormwell* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383; *Shuchuk v. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)*, 2012 ABCA 50, 522 A.R. 336; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529.

Rien ne fondait la compétence dont se réclamait la Régie pour examiner à nouveau si les art. 9.12 et 9.13 des règles du régime de retraite limitaient les obligations de Multi-Marques en matière de financement. Les directives de la Cour d'appel n'obligeaient pas la Régie à reprendre l'examen du début. Et aucune disposition de la loi créant la Régie ne lui permet d'examiner une question sur laquelle une cour de juridiction supérieure s'est prononcée. La Régie devait accomplir la tâche pour laquelle l'affaire lui avait été renvoyée, soit calculer à combien se chiffrait l'obligation monétaire précise résultant des droits et obligations substantiels tels qu'ils avaient été circonscrits par la Cour d'appel. En se dérochant à cette tâche, la Régie a effectivement contourné le processus de contrôle judiciaire et elle a rétabli sa décision initiale alors qu'elle n'avait pas compétence pour ce faire.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêt examiné : *Western Minerals Ltd. c. Gaumont*, [1953] 1 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Zadvorny c. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Barbour c. University of British Columbia*, 2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. vi; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Société canadienne de métaux Reynolds ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 45; *Western Minerals Ltd. c. Gaumont*, [1953] 1 R.C.S. 345; *CNG Producing Co. c. Alberta (Provincial Treasurer)*, 2002 ABCA 207, 317 A.R. 171; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504; *Zadvorny c. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59; *Hornby Island Trust Ctee. c. Stormwell* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383; *Shuchuk c. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)*, 2012 ABCA 50, 522 A.R. 336; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9, s. 26.
- Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions*, S.Q. 2008, c. 21 (Bill 68).
- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 2848.
- Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 5, 14.1, 202, 203, 211, 228, 228.1, 319.1.

Authors Cited

- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "stare decisis".
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott. London: Sweet & Maxwell, 1936.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*, trans. by R. Clive Meredith. Toronto: Carswell, 1988.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 40, n° 65, 1^{re} sess., 38^e lég., 2 avril 2008.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 40, n° 52, 1^{re} sess., 38^e lég., 3 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi n° 68 — *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*.
- Roubier, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Rochette and Kasirer J.J.A.), 2011 QCCA 1518, [2011] R.J.Q. 1540, [2011] R.J.D.T. 747, 93 C.C.P.B. 1, 29 Admin. L.R. (5th) 291, [2011] J.Q. n° 10713 (QL), 2011 CarswellQue 8758, SOQUIJ AZ-50781009, affirming a decision of Grenier J., 2010 QCCS 6104, [2011] R.J.Q. 122, [2011] R.J.D.T. 35, 87 C.C.P.B. 23, 17 Admin. L.R. (5th) 264, [2010] J.Q. n° 13476 (QL), 2010

Lois et règlements cités

- Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2848.
- Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2008, ch. 21 (projet de loi n° 68).
- Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9, art. 26.
- Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 5, 14.1, 202, 203, 211, 228, 228.1, 319.1.

Doctrine et autres documents cités

- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « stare decisis ».
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott. London : Sweet & Maxwell, 1936.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd. Québec : Publications du Québec, 1986.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 40, n° 65, 1^{re} sess., 38^e lég., 2 avril 2008.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 40, n° 52, 1^{re} sess., 38^e lég., 3 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi n° 68 — *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*.
- Roubier, Paul. *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Rochette et Kasirer), 2011 QCCA 1518, [2011] R.J.Q. 1540, [2011] R.J.D.T. 747, 93 C.C.P.B. 1, 29 Admin. L.R. (5th) 291, [2011] J.Q. n° 10713 (QL), 2011 CarswellQue 8758, SOQUIJ AZ-50781009, qui a confirmé une décision de la juge Grenier, 2010 QCCS 6104, [2011] R.J.Q. 122, [2011] R.J.D.T. 35, 87 C.C.P.B. 23, 17 Admin. L.R. (5th) 264, [2010] J.Q. n° 13476

CarswellQue 13421, SOQUIJ AZ-50699375, setting aside a decision of the Administrative Tribunal of Québec, 2010 QCTAQ 04423, [2010] R.J.D.T. 796, 83 C.C.P.B. 111, 2010 LNQCTAQ 5 (QL), 2010 CarswellQue 3608, SOQUIJ AZ-50632060. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Fish J. dissenting.

Sheila York and Carole Arav, for the appellant.

Éric Mongeau, Patrick Girard and Michel Legendre, for the respondents the Canada Bread Company Ltd., Multi-Marques Inc. and Multi-Marques Distribution Inc.

Natalie Bussière and Sophie Tremblay, for the respondent Sean Kelly, in his capacity as trustee of the Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund.

No one appeared for the respondent the Bakery, Confectionery, Tobacco Workers and Grain Millers International Union, Local 468.

Stéphane Rochette and Jean-Yves Bernard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

No one appeared for the interveners Robert Thauvette and the Administrative Tribunal of Québec.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

WAGNER J. —

I. Overview

[1] A criticism often levelled against retroactive legislation is that it thwarts settled expectations. This case concerns expectations relating to the interpretation of certain provisions of Quebec’s *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1 (“SPPA”). It confirms that the legislature may disrupt these expectations by enacting declaratory provisions, and that such provisions apply to any ongoing dispute in which a final judgment on the merits has not yet been handed down.

(QL), 2010 CarswellQue 13421, SOQUIJ AZ-50699375, qui a annulé une décision du Tribunal administratif du Québec, 2010 QCTAQ 04423, [2010] R.J.D.T. 796, 83 C.C.P.B. 111, 2010 LNQCTAQ 5 (QL), 2010 CarswellQue 3608, SOQUIJ AZ-50632060. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Fish sont dissidents.

Sheila York et Carole Arav, pour l’appelante.

Éric Mongeau, Patrick Girard et Michel Legendre, pour les intimées Canada Bread Company Ltd., Multi-Marques Inc. et Multi-Marques Distribution Inc.

Natalie Bussière et Sophie Tremblay, pour l’intimé Sean Kelly, en sa qualité de fiduciaire du Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund.

Personne n’a comparu pour l’intimée Bakery, Confectionery, Tobacco Workers and Grain Millers International Union, Local 468.

Stéphane Rochette et Jean-Yves Bernard, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Personne n’a comparu pour les intervenants Robert Thauvette et le Tribunal administratif du Québec.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Les lois rétroactives attirent souvent la critique selon laquelle elles frustrerent des attentes légitimes. Le présent dossier traite des attentes liées à l’interprétation de certaines dispositions de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* du Québec, L.R.Q., ch. R-15.1 (« LRRCR »). Il confirme que le législateur peut contrecarrer ces attentes en adoptant des dispositions déclaratoires, et que ces dispositions s’appliquent à toute instance non encore tranchée au fond par un jugement définitif.

[2] When a legislature enacts a declaratory provision that has retrospective effect, it is presumed to have weighed the need for the interpretive clarity the provision would bring against the disruption and unfairness that might result from its retroactive nature. The courts therefore owe deference to a decision by the legislature to enact such legislation.

[3] In the case at bar, a final judicial determination of the rights and obligations of the parties had not yet been made. As a result, the declaratory provisions passed by the Quebec legislature to aid in the interpretation of the *SPPA* were applicable.

II. Facts

[4] The dispute between the parties to this appeal has passed before decision-makers and judges at various levels not once, but twice.

[5] The appellant, the Régie des rentes du Québec (“Régie”), is a government agency that is responsible for the application of the *SPPA*. The respondents Multi-Marques Inc. and Multi-Marques Distribution Inc. (referred to collectively as « Multi-Marques »), and Canada Bread Company Ltd. are contributing employers of the Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund (“Fund”). Sean Kelly represents the trustees of the Fund.

[6] In 1992 and 1994, the employees of the Gailuron and Durivage divisions of Multi-Marques joined the Fund. The trustees granted pension credits to the employees of the two divisions to reflect the years of service they had accumulated before Multi-Marques joined the Fund. The granting of these credits created a deficit, which Multi-Marques was to remedy by making payments to the Fund over a 15-year period. Before that period expired, Multi-Marques decided to shut down its Gailuron and Durivage divisions in 1996 and 1997, respectively.

[7] As a result of the closures, the Régie issued, on May 16, 2002, two essentially identical decisions to effect the partial termination of the Fund for the

[2] Lorsque le législateur adopte une disposition déclaratoire à effet rétroactif, il est présumé avoir mesuré la nécessité de clarifier ainsi l’interprétation par rapport au bouleversement et à l’iniquité pouvant résulter de sa rétroactivité. Les tribunaux doivent donc faire preuve de déférence à l’endroit de cette décision du législateur.

[3] En l’espèce, aucun jugement n’avait encore établi définitivement l’étendue des droits et obligations des parties. En conséquence, les dispositions déclaratoires adoptées par la législature du Québec pour faciliter l’interprétation de la *LRCR* étaient applicables.

II. Faits

[4] Le litige entre les parties au présent pourvoi a franchi les différents niveaux de juridiction non pas une, mais deux fois.

[5] L’appelante, la Régie des rentes du Québec (« Régie »), est l’organisme gouvernemental chargé de l’application de la *LRCR*. Les intimées, Multi-Marques Inc. et Multi-Marques Distribution Inc. (collectivement « Multi-Marques ») et Canada Bread Company Ltd., sont des employeurs participants de la Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund (« Régime »). Sean Kelly représente les fiduciaires du Régime.

[6] En 1992 et 1994, les employés des divisions Gailuron et Durivage de Multi-Marques ont adhéré au Régime. Les fiduciaires ont octroyé aux employés de ces deux divisions des crédits de rente afférents aux années de service qu’ils avaient accumulés avant l’adhésion de Multi-Marques au Régime. Cet octroi a engendré un déficit que Multi-Marques devait combler au moyen de versements échelonnés sur une période de 15 ans. Avant l’expiration de cette période, Multi-Marques a décidé de fermer les divisions Gailuron et Durivage, respectivement en 1996 et 1997.

[7] Par suite de ces fermetures, la Régie a rendu, le 16 mai 2002, deux décisions virtuellement identiques qui terminaient partiellement le Régime à

employees of the Gailuron and Durivage divisions of Multi-Markes. The closures also created a solvency deficiency of approximately \$5 million that was needed to cover the pension credits granted to the employees of the two divisions for prior service. Both of the Régie's decisions required that the actuarial reports to be filed upon termination indicate the amounts to be paid by the employer to rectify the Fund's solvency deficiency in order to ensure that the benefits of the plan members affected by the termination would be paid in full.

[8] Although the partial termination of the Fund was not contested by any of the parties, the employer challenged the manner in which it was carried out. Multi-Markes argued that under ss. 9.12 and 9.13 of the Fund's Rules and Regulations ("Rules"), benefits could be reduced in response to certain extrinsic factors and that employee benefits should accordingly be reduced if employer contributions were insufficient to pay the Fund's shortfall. Thus, the Rules limited the employer's funding obligations to contributions it had already made. To respond to this challenge, the Régie convened a review committee to determine whether ss. 9.12 and 9.13 of the Rules were compatible with the *SPPA*.

[9] Sections 9.12 and 9.13 of the Rules read as follows:

Section 9.12 — Limitation of Liability

The Plan has been established on the basis of an actuarial calculation which has established, to the extent possible, that the contributions will, if continued, be sufficient to maintain the Plan on a permanent basis, fulfilling the funding requirements of the Act. Except for liabilities which may result from provisions of the Act, nothing in this Plan shall be construed to impose any obligation to contribute beyond the obligation of the Contributing Employer to make contributions as stipulated in its Collective Agreement with the Union or Local Union.

There shall be no liability upon the Trustees individually, or collectively, or upon the Union or Local Union to

l'égard des employés des divisions Gailuron et Durivage de Multi-Markes. Les fermetures ont également entraîné un déficit de solvabilité d'environ 5 millions de dollars, soit la somme nécessaire pour couvrir les crédits de rente pour services passés octroyés aux employés des deux divisions. Les deux décisions de la Régie exigeaient que les rapports actuariels déposés à la terminaison du Régime indiquent les sommes que l'employeur devait acquitter pour combler le déficit de solvabilité afin que les participants touchés par la terminaison reçoivent tout ce à quoi ils avaient droit.

[8] La terminaison partielle du Régime n'a suscité aucune contestation, mais l'employeur a contesté la façon dont elle avait été exécutée. Multi-Markes a fait valoir que les art. 9.12 et 9.13 des *Rules and Regulations* (les « Règles ») du Régime prévoient que des facteurs extrinsèques pouvaient entraîner la réduction des droits des employés et qu'il y avait lieu, en conséquence, de réduire ces droits si les cotisations de l'employeur étaient insuffisantes pour éponger le déficit du Régime. Ainsi, selon les Règles, les obligations de l'employeur en matière de financement se limitaient aux paiements déjà effectués. En réponse à cette contestation, la Régie a soumis à un comité de révision la question de la compatibilité des art. 9.12 et 9.13 des Règles avec la *LRCR*.

[9] Les articles 9.12 et 9.13 des Règles prévoient ce qui suit :

[TRADUCTION]

Article 9.12 — Limitation de responsabilité

Le régime est fondé sur des calculs actuariels ayant établi, autant que faire se peut, que les cotisations, si elles continuent d'être versées, seront suffisantes pour assurer la permanence du régime et satisfaire aux exigences de capitalisation énoncées à la Loi. Exception faite des obligations pouvant résulter de dispositions de la Loi, le régime n'a pas pour effet d'obliger l'employeur participant à verser des cotisations excédant celles qui sont prévues à la convention collective conclue avec le syndicat ou la section locale.

Ni les fiduciaires, individuellement ou collectivement, ni le syndicat ou la section locale ne sont tenus de verser les

provide the benefits established by this Plan, if the Fund does not have assets to make such payments.

Section 9.13 — Limitation of Liability for Pension Benefits

- (a) Any provisions in the Plan to the contrary notwithstanding, if a Contributing Employer ceases to be a Contributing Employer (hereinafter referred to as a Withdrawing Employer) for any reason, the assets in respect of the Withdrawing Employer, which consist of the total contributions made by the Withdrawing Employer together with interest, less benefit payments already made, shall be allocated to provide for benefits, to the extent they are funded, in respect of service with that Withdrawing Employer, subject to the following:
- (i) For purposes of this Section only, each Participant's accrued benefit shall be determined as if the Participant has satisfied the eligibility conditions for vesting.
 - (ii) If the Plan is fully funded on a going concern basis on the date the Withdrawing Employer terminates participation, benefits shall be reduced only to the extent that the actuarial liabilities that are established for benefits in respect of Past Service Credit, have not been fully funded by the Withdrawing Employer's assets.
 - (iii) If the Plan is not fully funded on a going concern basis on the date the Withdrawing Employer terminates participation, benefits shall be reduced to the extent they are not funded and, in any event, benefits in respect of Past Service Credit shall be reduced to the extent they are not fully funded by the Withdrawing Employer's assets.
 - (iv) Notwithstanding anything contained in this Section to the contrary, the allocation of the Withdrawing Employer's assets shall be in accordance with the applicable Act.
- (b) If a group of Contributing Employers with Collective Agreements with any one Local Union shall cease to be Contributing Employers with respect to the members of that Local Union, on approximately the same date, the Trustees shall have the right to apply the above subsection (a)

prestations prévues au régime si la caisse ne dispose pas de l'actif suffisant pour ces paiements.

Article 9.13 — Limitation de responsabilité relativement aux prestations

- (a) Nonobstant toute disposition contraire du régime, lorsqu'un employeur participant met fin à sa participation (ci-après appelé l'employeur sortant) pour quelque raison que ce soit, l'actif correspondant à cet employeur, soit les cotisations totales que celui-ci a versées et l'intérêt y afférant en sus des prestations déjà versées, est affecté, dans la mesure où les fonds le permettent, au versement des prestations afférentes aux années de service auprès de cet employeur, sous réserve des modalités suivantes :
- (i) Pour l'application du présent article uniquement, les prestations acquises par chaque participant sont établies en tenant pour acquis que le participant satisfait aux conditions d'admissibilité.
 - (ii) Si le régime est entièrement capitalisé selon l'approche de la continuité à la date où l'employeur sortant met fin à sa participation, les prestations sont réduites dans la seule mesure où l'actif de l'employeur sortant ne couvre pas le passif actuariel établi à l'égard des prestations afférentes aux crédits pour services passés.
 - (iii) Si le régime n'est pas entièrement capitalisé selon l'approche de la continuité à la date où l'employeur sortant met fin à sa participation, les prestations sont réduites dans la mesure du déficit et, en tout état de cause, les prestations afférentes aux crédits pour services passés sont réduites dans la mesure où elles ne sont pas entièrement couvertes par l'actif de l'employeur sortant.
 - (iv) Nonobstant toute disposition contraire du présent article, l'actif de l'employeur sortant est affecté conformément à la loi applicable.
- (b) Si un groupe d'employeurs participants liés par convention collective à une section locale met fin à sa participation pour ce qui concerne les membres de cette section locale à la même date approximativement, les fiduciaires peuvent appliquer l'alinéa (a) ci-dessus comme si ces

as though said Employers were one Contributing Employer. In any such case, the calculations shall include all Contributing Employers of the group having had Collective Agreements with such Local Union. [A.R., vol. I, at pp. 160-62]

[10] In its decision of April 14, 2003, the review committee decided that ss. 9.12 and 9.13 of the Rules were incompatible with s. 211 of the *SPPA*, which entitles the plan's members to the full value of their pensions, and s. 228 of the *SPPA*, which provides that where the assets of a pension plan are insufficient to satisfy the rights of the plan's members and beneficiaries, the amount of the deficiency constitutes a debt of the employer. Because ss. 9.12 and 9.13 of the Rules were incompatible with the *SPPA*, they were, pursuant to s. 5 of the *SPPA*, without effect. They could not therefore be applied in the actuarial reports required to conclude the partial termination. This decision was subsequently affirmed by the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ") on June 15, 2004, and again on judicial review by the Quebec Superior Court on July 20, 2006. Multi-Marques, Sean Kelly and Canada Bread Company Ltd. appealed the Superior Court's decision to the Quebec Court of Appeal.

[11] On April 2, 2008, the Court of Appeal allowed the appeals: 2008 QCCA 597, [2008] R.J.Q. 853. It found that ss. 9.12 and 9.13 were not incompatible with the *SPPA* and that full effect should be given to them in the actuarial reports prepared in the context of the partial termination of the Fund. Accordingly, it set aside the decisions of the Superior Court, the ATQ and the Régie's review committee, and remitted the matter to the Régie, ordering the latter to review its initial decisions in conformity with the Court of Appeal's judgment. For ease of reference, I reproduce the Court of Appeal's orders here:

[TRANSLATION] Allows the appeals, with costs both in the Superior Court and in the Court of Appeal;

Sets aside the decision of the Superior Court dated July 20, 2006;

Sets aside the decision of the Administrative Tribunal of Québec dated June 15, 2004;

employeurs constituaient un employeur participant unique. Dans un tel cas, les calculs viseront tous les employeurs participants du groupe qui ont été liés par convention collective avec cette section locale. [d.a., vol. I, p. 160-162]

[10] Dans sa décision du 14 avril 2003, le comité de révision a conclu que les art. 9.12 et 9.13 des Règles étaient incompatibles avec l'art. 211 de la *LRCR* — en vertu duquel les participants au régime ont droit à la pleine valeur de leur rente — et avec l'art. 228 de la même loi — aux termes duquel le manque d'actifs d'un régime de pension nécessaires à l'acquittement des droits des participants et des bénéficiaires constitue une dette de l'employeur. Parce que les art. 9.12 et 9.13 des Règles étaient incompatibles avec la *LRCR*, aux termes de l'art. 5 de cette dernière, ils n'avaient pas d'effet. Ils ne pouvaient donc être appliqués dans les rapports actuariels exigés pour la terminaison partielle du Régime. Le 15 juin 2004, cette décision a été confirmée par le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») et, à l'issue d'une révision judiciaire, par la Cour supérieure du Québec le 20 juillet 2006. Multi-Marques, Sean Kelly et Canada Bread Company Ltd. ont porté la décision de la Cour supérieure en appel devant la Cour d'appel du Québec.

[11] Le 2 avril 2008, la Cour d'appel a accueilli les appels : 2008 QCCA 597, [2008] R.J.Q. 853. Elle a conclu que les art. 9.12 et 9.13 n'étaient pas incompatibles avec la *LRCR* et qu'il fallait donc leur donner plein effet dans les rapports actuariels préparés dans le cadre de la terminaison partielle du Régime. Elle a donc infirmé les décisions de la Cour supérieure, du TAQ et du comité de révision de la Régie, et elle a renvoyé l'affaire à la Régie en lui enjoignant de réviser ses décisions initiales en tenant compte des principes se dégageant de son jugement. Pour plus de commodité, je reproduis ci-après l'ordonnance de la Cour d'appel :

Accueille les appels, avec dépens tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel;

Infirmé la décision de la Cour supérieure du 20 juillet 2006;

Infirmé la décision du Tribunal administratif du Québec du 15 juin 2004;

Sets aside the decision of the review committee of the Régie des rentes du Québec dated April 14, 2003;

Refers the matter back to the Régie des rentes du Québec to review its decisions D-41130-001 and D-41130-02 dated May 16, 2002 in conformity with this decision;

Authorizes Kelly to file termination actuarial reports that apply clauses 9.12 and 9.13 of the pension plan in light of the partial terminations resulting from the withdrawal from the plan of the employees of the Gailuron and Durivage divisions of Multi-Markques. [Emphasis added; paras. 104-9.]

[12] On May 29, 2008, the Régie filed an application for leave to appeal to this Court.

[13] On the same day that the Court of Appeal rendered its judgment, the Quebec National Assembly introduced Bill 68, *An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions* (*Journal des débats*, vol. 40, No. 65, 1st Sess., 38th Leg., April 2, 2008). In the debate at the committee stage, the Minister of Employment and Social Solidarity, Sam Hamad, made it clear that this amending legislation was motivated by the Court of Appeal's decision and by the need to protect the Multi-Markques pensioners:

[TRANSLATION] So the purpose of this amendment is to counter the effects of the judgment rendered by the Quebec Court of Appeal on April 2, 2008, in the case of *Multi-Markques Distribution Inc. v. Régie des rentes du Québec*. . . . With respect for the court, that judgment is based on an interpretation of the *Supplemental Pension Plans Act* that is incompatible with the Act's objectives. [Emphasis added.]

(National Assembly, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 40, No. 52, 1st Sess., 38th Leg., June 3, 2008)

[14] This legislation introduced ss. 14.1 and 228.1 into the *SPPA*. In these provisions, the legislature essentially adopted the Régie's approach to the application of ss. 9.12 and 9.13 of the Rules and rejected the approach taken by the Court of Appeal. As a result of the amendments, no provisions of a

Infirme la décision du comité de révision de la Régie des rentes du Québec datée du 14 avril 2003;

Retourne le dossier à la Régie des rentes du Québec pour qu'elle révisé ses décisions D-41130-001 et D-41130-02 du 16 mai 2002 en se conformant au présent arrêt;

Autorise Kelly à déposer des rapports actuariels de terminaison qui appliquent les clauses 9.12 et 9.13 du régime de retraite, eu égard aux terminaisons partielles résultant du retrait du régime de retraite des employés des divisions Gailuron et Durivage de Multi-Markques. [Je souligne; par. 104-109.]

[12] Le 29 mai 2008, la Régie a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

[13] Le jour même où la Cour d'appel rendait son arrêt, le projet de loi n° 68 — *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives* (*Journal des débats*, vol. 40, n° 65, 1^{re} sess., 38^e lég., 2 avril 2008) — était présenté à l'Assemblée nationale du Québec. Lors des débats en commission parlementaire, le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale, M. Sam Hamad, a clairement indiqué que les modifications législatives étaient proposées par suite de l'arrêt de la Cour d'appel et visaient à protéger les retraités de Multi-Markques :

Alors, cet amendement vise à contrer les effets du jugement que la Cour d'appel du Québec a rendu le 2 avril 2008 dans l'affaire *Multi-marques Distribution inc. c. Régie des rentes du Québec*. [. . .] Avec respect pour la cour, ce jugement repose sur une interprétation de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* qui va à l'encontre des objectifs qu'elle vise. [Je souligne.]

(Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 40, n° 52, 1^{re} sess., 38^e lég., 3 juin 2008)

[14] Ce projet de loi ajoutait à la *LRCR* les art. 14.1 et 228.1, qui consacraient essentiellement le point de vue de la Régie relativement à l'application des art. 9.12 et 9.13 des Règles et rejetaient l'interprétation de la Cour d'appel. Ces modifications ont fait en sorte qu'aucune disposition d'un régime de

pension plan may make benefits due conditional on extrinsic factors such that the obligations of an employer towards the plan are limited or reduced. In addition, the legislature expressly provided, in s. 319.1, that these new sections of the Act were declaratory in nature.

[15] The National Assembly passed Bill 68 on June 18, 2008 (S.Q. 2008, c. 21), and this Court dismissed the Régie’s application for leave to appeal on October 16, 2008: [2008] 3 S.C.R. ix.

[16] Following this Court’s decision, the Régie undertook to implement the Court of Appeal’s judgment of April 2, 2008 and to complete the partial termination of the Fund. In November 2008, the Régie informed counsel for the parties that a review committee had been formed to implement the Court of Appeal’s judgment, and invited them to submit comments with respect to the implementation. On August 14, 2009, the Régie’s review committee released the decision which is the subject of this appeal.

[17] Instead of following the Court of Appeal’s approach, according to which ss. 9.12 and 9.13 of the Rules were to be considered in establishing the obligations of Multi-Marques resulting from the partial termination, the Régie applied the new provisions of the *SPPA*. It accordingly refused to apply the clauses of the Rules that allowed for the reduction of benefits payable to the plan’s members and beneficiaries, and confirmed its initial decisions of May 16, 2002. Sean Kelly, Canada Bread Company Ltd. and Multi-Marques contested the Régie’s decision before the ATQ.

III. Judicial History

A. *Administrative Tribunal of Québec, 2010 QCTAQ 04423, [2010] R.J.D.T. 796 (Judges Cormier and Lévesque)*

[18] The ATQ addressed three issues in its decision: (1) whether the Régie had erred in law by establishing a committee to review its initial decisions; (2) whether the review committee had breached the rules of natural justice by failing to send prior notice of its decision and by failing to inform the parties that it was considering applying the amendments

retraite ne peut faire dépendre la valeur de droits accumulés d’un facteur extrinsèque de façon à limiter ou réduire les obligations d’un employeur envers le régime. En outre, le législateur énonce expressément, à l’art. 319.1, que ces nouveaux articles de la *LRQR* sont de nature déclaratoire.

[15] L’Assemblée nationale a adopté le projet de loi n° 68 le 18 juin 2008 (L.Q. 2008, ch. 21), et notre Cour a rejeté la demande d’autorisation d’appel de la Régie le 16 octobre 2008 : [2008] 3 R.C.S. ix.

[16] Par suite de cette décision de notre Cour, la Régie a entrepris la mise en œuvre de l’arrêt de la Cour d’appel du 2 avril 2008 afin de mener à terme la terminaison partielle du Régime. Au mois de novembre 2008, elle a informé les avocats des parties qu’un comité de révision avait été chargé de cette mise en œuvre et les a invités à présenter des observations. Le 14 août 2009, le comité de révision de la Régie a rendu la décision qui fait l’objet du présent pourvoi.

[17] Au lieu de suivre l’interprétation de la Cour d’appel, selon laquelle il fallait prendre en compte les art. 9.12 et 9.13 des Règles pour établir les obligations de Multi-Marques résultant de la terminaison partielle, la Régie a appliqué les nouvelles dispositions de la *LRQR*. Elle a donc refusé de donner effet aux articles des Règles qui permettaient de réduire les droits payables aux participants et aux bénéficiaires du Régime, et elle a confirmé ses décisions initiales du 16 mai 2002. Sean Kelly, Canada Bread Company Ltd. et Multi-Marques ont contesté la décision de la Régie devant le TAQ.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal administratif du Québec, 2010 QCTAQ 04423, [2010] R.J.D.T. 796 (les juges Cormier et Lévesque)*

[18] Dans sa décision, le TAQ a examiné trois questions : (1) La Régie a-t-elle commis une erreur de droit en constituant un comité chargé de revoir ses décisions initiales? (2) Le comité de révision a-t-il contrevenu aux règles de justice naturelle en ne donnant pas de préavis de sa décision et en n’informant pas les parties qu’il envisageait d’appliquer

that had been made to the *SPPA* after the Court of Appeal had rendered its judgment; and (3) whether the review committee had erred in applying the declaratory provisions of the *SPPA* in this case. Only the third issue remains relevant in this Court.

[19] With respect to this third issue, the ATQ upheld the Régie's position, finding that the Régie was right to apply the declaratory provisions, as the case had still been pending when the declaratory provisions came into force on June 20, 2008.

B. *Quebec Superior Court, 2010 QCCS 6104, [2011] R.J.Q. 122 (Grenier J.)*

[20] Both the employers and the representative of the trustees applied to the Superior Court for judicial review of the ATQ's decision. The Superior Court allowed their application.

[21] The application judge held that the standard of review was correctness. In addressing the Régie's decision, she stated that the issue was whether the Régie had the authority to make the order it did in light of the Court of Appeal's decision. In her view, the ATQ had erred in holding that it was open to the Régie to apply the declaratory provisions in the specific context of this case. She explained that the case could not have been "pending" in June 2008, and that when the Régie issued its new decision in 2009, the decision of the Court of Appeal had acquired the authority of a final judgment, which meant that the declaratory provisions of the *SPPA* could not apply to the dispute between the parties. As a result, the Régie was obligated to take ss. 9.12 and 9.13 of the Rules into account in its orders respecting the actuarial calculations to be made upon termination.

C. *Quebec Court of Appeal, 2011 QCCA 1518, [2011] R.J.Q. 1540 (Thibault, Rochette and Kasirer J.J.A.)*

[22] The Court of Appeal also found that the Régie had erred in applying the declaratory provisions. Thibault J.A., writing for the court, stated that,

les modifications apportées à la *LRRCR* postérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel? (3) En l'espèce, le comité de révision a-t-il appliqué à tort les dispositions déclaratoires de la *LRRCR*? Seule la troisième question demeure pertinente pour le présent pourvoi.

[19] À l'issue de l'examen de cette question, le TAQ a confirmé la position de la Régie. Il lui a donné raison d'avoir appliqué les dispositions déclaratoires, puisque l'affaire était encore pendante lors de l'entrée en vigueur de ces dispositions le 20 juin 2008.

B. *Cour supérieure du Québec, 2010 QCCS 6104, [2011] R.J.Q. 122 (la juge Grenier)*

[20] Les employeurs et le représentant des fiduciaires ont demandé à la Cour supérieure du Québec la révision judiciaire de la décision du TAQ. La Cour supérieure a accueilli leur requête.

[21] Après avoir décidé que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte, la juge a indiqué qu'il fallait déterminer si la Régie avait le pouvoir de rendre la décision qu'elle avait rendue compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel. Elle a jugé que, dans le contexte particulier de l'affaire, le TAQ avait conclu à tort que la Régie pouvait appliquer les dispositions déclaratoires. Elle a expliqué que l'affaire ne pouvait avoir été « pendante » au mois de juin 2008 et que, lorsque la Régie a rendu sa nouvelle décision en 2009, l'arrêt de la Cour d'appel avait acquis l'autorité de la chose jugée, de sorte que les dispositions déclaratoires de la *LRRCR* ne pouvaient s'appliquer au litige opposant les parties. Les ordonnances de la Régie relatives aux calculs actuariels à effectuer par suite de la terminaison devaient donc prendre en compte les art. 9.12 et 9.13 des Règles.

C. *Cour d'appel du Québec, 2011 QCCA 1518, [2011] R.J.Q. 1540 (les juges Thibault, Rochette et Kasirer)*

[22] La Cour d'appel a elle aussi jugé que la Régie avait appliqué à tort les dispositions déclaratoires. S'exprimant au nom de la cour, la juge Thibault

when the application for leave to appeal was pending before this Court, the Court of Appeal's judgment had not yet acquired the authority of a final judgment. However, only this Court would have been able to apply the declaratory legislation had it decided to hear the case. Once this Court had dismissed the Régie's application for leave, the Court of Appeal's judgment had acquired the authority of a final judgment and should have been followed by the Régie. The Court of Appeal held that although the Régie has the power under *An Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9, s. 26, to review its decisions, that power of review does not empower it to disregard a final judgment of the Court of Appeal.

IV. Issues

[23] The issues in this case are:

1. What is the effect of declaratory legislation?
2. Did the Régie err in applying the declaratory legislation in determining the parties' rights and obligations?

V. Analysis

[24] The principle of *res judicata* precludes parties from relitigating an issue in respect of which a final determination has been made as between them: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18. However, it does not preclude the legislature from negating the effects of such a determination. In the case at bar, it is clear that the legislature's intention was not only to deprive the Court of Appeal's judgment of precedential value, but also to negate its effect of rendering the issue *res judicata* as between the parties. In my view, the legislature attained both these objectives.

[25] I have read my colleague's dissenting reasons. Although they focus on the Régie's jurisdiction, I firmly believe that the central issue in this appeal relates to the nature and effect of the declaratory legislation.

a souligné qu'au moment où la demande d'autorisation d'appel était pendante devant notre Cour, l'arrêt de la Cour d'appel n'avait pas encore l'autorité de la chose jugée. Toutefois, seule notre Cour aurait pu appliquer les dispositions déclaratoires si elle avait décidé d'entendre le pourvoi. L'arrêt de la Cour d'appel est passé en force de chose jugée lorsque notre Cour a rejeté la demande d'autorisation d'appel, et la Régie aurait dû s'y conformer. La Cour d'appel a jugé que, bien que la Régie dispose du pouvoir de réviser ses décisions, en vertu de l'art. 26 de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9, elle n'est pas habilitée pour autant à passer outre à un jugement définitif de la Cour d'appel.

IV. Questions en litige

[23] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Quel est l'effet d'une loi déclaratoire?
2. La Régie a-t-elle commis une erreur en appliquant la loi déclaratoire pour statuer sur les droits et obligations des parties?

V. Analyse

[24] Le principe de la chose jugée empêche les parties de soumettre à nouveau aux tribunaux une question qui a fait l'objet d'un jugement définitif à leur égard : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 18. Cela ne signifie pas pour autant que le législateur ne peut pas intervenir pour annuler les effets d'un tel jugement. En l'espèce, il est évident que le législateur entendait non seulement priver le jugement de la Cour d'appel de sa valeur de précédent, mais il voulait également annuler son autorité de chose jugée entre les parties. J'estime qu'il a atteint ces deux objectifs.

[25] J'ai lu les motifs de dissidence de ma collègue. Avec respect et malgré l'accent qu'elle fait porter sur la juridiction de la Régie, je crois fermement que la nature et l'effet de la disposition législative déclaratoire demeurent, en l'espèce, la principale question en litige.

A. *What Is the Effect of Declaratory Legislation?*

[26] It is settled law in Canada that it is within the prerogative of the legislature to enter the domain of the courts and offer a binding interpretation of its own law by enacting declaratory legislation: L.-P. Pigeon, *Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at pp. 81-82. As this Court acknowledged in *Western Minerals Ltd. v. Gaumont*, [1953] 1 S.C.R. 345, such forays are usually made where the legislature wishes to correct judicial interpretations that it perceives to be erroneous.

[27] In enacting declaratory legislation, the legislature assumes the role of a court and dictates the interpretation of its own law: P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 562. As a result, declaratory provisions operate less as legislation and more as jurisprudence. They are akin to binding precedents, such as the decision of a court: P. Roubier, *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps* (2nd ed. 1993), at p. 248. Such legislation may overrule a court decision in the same way that a decision of this Court would take precedence over a previous line of lower court judgments on a given question of law.

[28] It is also settled law that declaratory provisions have an immediate effect on pending cases, and are therefore an exception to the general rule that legislation is prospective. The interpretation imposed by a declaratory provision stretches back in time to the date when the legislation it purports to interpret first came into force, with the effect that the legislation in question is deemed to have always included this provision. Thus, the interpretation so declared is taken to have always been the law: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 682-83.

[29] The immediate effect of declaratory legislation is limited, however. In 1953, in *Western Minerals*, this Court endorsed the statement in W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law* (4th ed. 1936), that declaratory laws “decide like cases pending when the judgments are given, but do not re-open decided cases”: p. 370, citing Craies, at pp. 341-42.

A. *Quel est l'effet d'une loi déclaratoire?*

[26] Le droit canadien reconnaît qu'il entre dans la prérogative du législateur de jouer un rôle judiciaire et de déterminer par une loi déclaratoire l'interprétation que doivent recevoir ses lois : L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (3^e éd. 1986), p. 132-133. Comme notre Cour l'a indiqué dans *Western Minerals Ltd. c. Gaumont*, [1953] 1 R.C.S. 345, le législateur intervient habituellement ainsi lorsqu'il veut corriger une interprétation judiciaire qu'il estime erronée.

[27] Lorsqu'il adopte une loi déclaratoire, le législateur joue le rôle d'un juge et dicte l'interprétation à donner à ses propres lois : P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 609-610. Pour cette raison, les dispositions déclaratoires relèvent davantage de la jurisprudence que de la législation. Elles s'apparentent à des précédents ayant force obligatoire, telles les décisions judiciaires : P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps* (2^e éd. 1993), p. 248. Elles peuvent infirmer une décision judiciaire de la même façon qu'un arrêt de notre Cour prévaut sur la jurisprudence de juridictions inférieures sur un point de droit donné.

[28] Il est tout aussi reconnu en droit que les dispositions déclaratoires ont un effet immédiat sur les affaires pendantes et qu'elles font donc exception à la règle générale du caractère prospectif de la loi. L'interprétation imposée par une disposition déclaratoire remonte dans le temps jusqu'à la date d'entrée en vigueur du texte de loi qu'elle interprète, faisant en sorte que ce texte de loi est réputé avoir toujours inclus cette disposition. Cette interprétation est donc considérée comme ayant toujours été la loi : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 682-683.

[29] Toutefois, des limites s'appliquent à l'effet immédiat d'une loi déclaratoire. En 1953, notre Cour a fait sien, dans *Western Minerals*, l'énoncé de W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law* (4^e éd. 1936), selon lequel les lois déclaratoires [TRADUCTION] « statuent sur les affaires semblables qui sont pendantes à la date du jugement, mais elles n'opèrent

Like a binding precedent, an interpretation the legislature adopts by enacting a declaratory provision is applicable to all future cases as well as to cases that are pending when the provision comes into force, despite the fact that the events that gave rise to any such dispute would have taken place before the provision was enacted. However, declaratory provisions do not reopen cases that have been resolved in a final judgment.

[30] Before going further in my analysis, I must highlight a distinction between two concepts that are central to the resolution of this appeal: that of a “final judgment” and that of a “final judgment that ultimately determines the rights and obligations of the parties”. A judgment need not dispose of the litigation in its entirety to be final. If it disposes of any substantive interlocutory *issue*, *res judicata* will apply. On the other hand, *res judicata* will also apply to a final judgment that ultimately determines the rights and obligations of the parties, but it then disposes of the *case* in its entirety and makes any further proceedings unnecessary.

[31] This distinction is significant because, in *Western Minerals*, this Court endorsed the proposition that declaratory legislation does not reopen decided *cases*, but it made no mention of the effect of such legislation on decided *issues*. In Canada, there is no definitive case law on the effect of declaratory legislation on decided issues. As a result, I cannot presume that declaratory legislation that is clearly intended to negate final judgments that do not ultimately determine the rights and obligations of the parties does not apply to such a judgment. This conclusion is the only one I can reach in light of the jurisprudence and the relevant legal principles.

[32] The concept of the final judgment that does not ultimately determine the rights and obligations of the parties is the basis for distinguishing pending cases from those that are not pending. Pending cases are cases that are currently before a competent tribunal and are awaiting a final and irrevocable

pas la réouverture d'affaires déjà jugées » : p. 370, citant Craies, p. 341-342. Tout comme un précédent ayant force de loi, l'interprétation adoptée par le législateur au moyen d'une disposition déclaratoire s'applique à toutes les causes futures et à celles pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la disposition, même si les faits générateurs du litige sont antérieurs à l'adoption de cette dernière. Toutefois, les dispositions déclaratoires n'ont pas pour effet de rouvrir des causes tranchées par un jugement définitif.

[30] Avant de poursuivre mon analyse, je dois faire ressortir une distinction entre deux notions dont l'importance est cruciale pour l'issue du présent pourvoi : la notion de « jugement définitif » et celle de « jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties ». Un jugement n'a pas à statuer sur le litige en entier pour être définitif. S'il statue sur toute *question* de fond interlocutoire, il acquerra l'autorité de la chose jugée. Par contre, un jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties acquiert aussi l'autorité de la chose jugée, mais il tranche le *litige* en entier et rend inutile la prise de toute autre mesure dans l'instance.

[31] Cette distinction est importante parce que, dans l'arrêt *Western Minerals*, la Cour a fait sienne la thèse selon laquelle les lois déclaratoires n'opèrent pas la réouverture des *causes* déjà jugées, mais elle ne mentionne pas l'effet de telles lois sur les *questions* tranchées. Au Canada, il n'existe aucune jurisprudence définitive quant à l'effet des lois déclaratoires sur les questions tranchées. En conséquence, je ne peux supposer que les lois déclaratoires qui visent manifestement à annuler des jugements définitifs qui ne statuent pas ultimement sur les droits et obligations des parties ne s'appliquent pas à de tels jugements. Cette conclusion est la seule que je peux tirer à la lumière de la jurisprudence et des principes de droit pertinents.

[32] Le concept de jugement définitif qui ne statue pas ultimement sur les droits et obligations des parties est celui qui permet de distinguer les affaires pendantes des affaires non pendantes. Les affaires pendantes sont celles dont sont présentement saisis des tribunaux compétents et qui sont en attente

determination on the merits. As Cartwright J. explained in *Western Minerals*, such cases include “actions in which, while judgment has been given, an appeal from such judgment is pending at the date of the declaratory act coming into force”: p. 370. Accordingly, only cases in which judgments have definitively determined the parties’ rights and obligations are no longer pending.

[33] In the case at bar, the declaratory legislation will therefore apply unless it is found that a *case*, and not merely an *issue*, has been decided.

[34] In contrast to my position, the Chief Justice states that clear language is required where the legislature intends to extinguish the effects of any final judgment in which an issue has been decided (paras. 62, 64 and 71). With respect, no support for this proposition can be found in this Court’s case law. The Chief Justice relies solely on the Saskatchewan Court of Appeal’s decision in *Zadvorny v. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59, in support of this principle. For the reasons set out above, I am neither bound nor persuaded by that case. In my view, the Canadian jurisprudence and the relevant legal principles tend in the opposite direction.

[35] Furthermore, I find it unnecessary to insist on clear legislative language in a case such as this one where it is not in dispute that the legislature’s intention was to extinguish the effects of the judgment as between the parties. Not only is this proposition unsupported by this Court’s jurisprudence, it would effectively defeat the purpose of the enactment. As can be seen from the record of the legislative committee’s debate, it was clear from the start that the legislature’s objective in enacting the declaratory provisions was to counter the effects of the Court of Appeal’s judgment of April 2, 2008 in order to protect the affected pensioners. With respect, an approach that disregarded this clear intent and instead required clear language would in my view be overly formalistic and would place unnecessary limits on the evidence that can be considered in determining the effects of declaratory legislation.

d’un jugement définitif et irrévocable sur le fond. Comme le juge Cartwright l’a expliqué dans *Western Minerals*, elles englobent [TRADUCTION] « les affaires jugées, mais dont le jugement a fait l’objet d’un appel qui est pendant au moment de l’entrée en vigueur de la loi déclaratoire » : p. 370. En conséquence, seules les affaires ayant abouti à un jugement statuant définitivement sur les droits et obligations des parties ne sont plus pendantes.

[33] En l’espèce, la loi déclaratoire s’appliquera, à moins qu’une *cause*, et non une simple *question*, n’ait été tranchée.

[34] Contrairement à moi, la Juge en chef est d’avis que lorsque le législateur entend supprimer les effets d’un jugement définitif qui tranche une question, il doit l’exprimer clairement (par. 62, 64 et 71). Avec égards, aucune décision de la Cour ne permet d’étayer une telle affirmation. La Juge en chef se fonde uniquement sur la décision *Zadvorny c. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59, de la Cour d’appel de la Saskatchewan pour appuyer le principe qu’elle énonce. Or, pour les motifs que j’exprime dans la présente décision, je ne suis ni lié ni convaincu par cet arrêt. Selon moi, la jurisprudence canadienne et les principes juridiques pertinents empruntent plutôt la direction contraire.

[35] En outre, j’estime qu’il est inutile d’insister sur la clarté du libellé de la loi dans une affaire comme celle-ci alors que personne ne conteste que le législateur avait l’intention de supprimer les effets du jugement entre les parties. Non seulement cette proposition en faveur du langage clair n’est-elle pas soutenue par la jurisprudence de la Cour, mais elle contredit en fait l’objectif de la loi. Grâce à la transcription des débats législatifs, il n’a jamais fait de doute que, lorsqu’il a adopté les dispositions déclaratoires, le législateur visait à contrer les effets du jugement de la Cour d’appel du 2 avril 2008 de manière à protéger les retraités. En tout respect pour l’opinion contraire, une approche qui ignorerait cette intention manifeste et ne chercherait qu’un libellé clair constituerait une approche, selon moi, trop formaliste, et limiterait d’une manière injustifiée la preuve qui peut être examinée pour apprécier les effets d’une loi déclaratoire.

B. *Did the Régie Err in Applying the Declaratory Legislation?*

(1) Application of the Declaratory Legislation to the Dispute

[36] In the instant case, it is common ground that the provisions introduced into the *SPPA* by Bill 68 are declaratory in nature. Section 319.1 of the *SPPA*, which was enacted at the same time as ss. 14.1 and 228.1, expressly provides that these provisions are declaratory. In addition to this unambiguous language, the circumstances of their enactment show that the legislature intended them to be declaratory. It can be seen from the debate that led up to their enactment that the legislature's objective was to overrule the Court of Appeal's decision in order to protect the plan's members and beneficiaries and to ensure that the decision in question would not become a precedent that would be binding on the courts in pending and future cases.

[37] Since the declaratory nature of the provisions at issue in this appeal and the implications of that nature are not challenged by any of the parties, the question of the applicability of those provisions hinges on whether the dispute between the parties was pending when they were enacted. Put more simply, what must be determined is whether the appeal concerns a decided case, or merely a decided issue.

[38] Given that both the Régie and the intervener Attorney General of Quebec base their argument that this case was pending on the Régie's 2008 application for leave to appeal to this Court, I should make it clear that that application is not the basis for my finding that the case was pending at the relevant time. Although this Court clearly stated in *Western Minerals* that a case in which a final judgment has been rendered but an appeal from that judgment is pending qualifies as a pending case for the purpose of the application of declaratory legislation, that is not the only way for a case to qualify as one. Rather, as I explained above, the key factor in finding a case to be pending is the absence of a final determination of the rights and obligations of the parties. Like

B. *La Régie a-t-elle commis une erreur en appliquant la loi déclaratoire?*

(1) Application de la loi déclaratoire au litige

[36] En l'espèce, nul ne conteste la nature déclaratoire des dispositions introduites dans la *LRCR* par le projet de loi 68. L'article 319.1 de la *LRCR*, adopté en même temps que les art. 14.1 et 228.1, énonce expressément que ces dispositions sont déclaratoires. Au libellé sans équivoque de cette disposition s'ajoutent les circonstances de leur adoption, qui témoignent de l'intention du législateur qu'elles soient déclaratoires. Il ressort des délibérations ayant mené à leur adoption que le législateur voulait infirmer l'arrêt de la Cour d'appel afin de protéger les participants et bénéficiaires du Régime et d'empêcher que la décision n'acquière valeur de précédent et ne lie les tribunaux dans les affaires pendantes ou futures.

[37] Puisque ni le caractère déclaratoire des dispositions en cause ni les effets de ce caractère déclaratoire ne sont contestés, l'enjeu de l'applicabilité de ces dispositions en l'espèce dépend de la question de savoir si le différend était pendant lorsqu'elles ont été adoptées. Plus simplement, il nous faut déterminer si l'appel concerne en l'espèce une affaire jugée ou simplement une question tranchée.

[38] La Régie et le procureur général du Québec fondent leur argumentation sur le fait que l'affaire était pendante, puisque la Régie avait présenté en 2008 une demande d'autorisation d'appel à notre Cour. Je tiens donc à préciser que ma conclusion selon laquelle l'affaire était pendante à l'époque pertinente ne dépend pas de l'existence de cette demande d'autorisation d'appel. Bien que l'arrêt *Western Minerals* de notre Cour pose clairement que, pour l'application d'une loi déclaratoire, est pendante une affaire tranchée par un jugement définitif dont l'appel est pendant, il ne s'agit pas là du seul facteur qui détermine si une affaire peut être considérée comme pendante. Ainsi que je l'ai expliqué, le facteur déterminant à cet égard est

a case that has been appealed, one that has been remitted to a lower court is also a pending case.

[39] On June 20, 2008, when the declaratory provisions came into force, the case between the parties was pending. Although the Court of Appeal's judgment of April 2, 2008 had acquired "[t]he authority of a final judgment (*res judicata*)" in the sense of art. 2848 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, it did not fully and definitively adjudicate the rights and obligations of the parties that resulted from the two partial terminations. As I mentioned above, a pending case is one in which a final and irrevocable judgment determining the parties' rights and obligations has not yet been rendered. A final judgment on an issue in a case that falls short of a resolution of the case on its merits does not preclude an authority responsible for the final determination of the parties' rights and obligations from applying declaratory legislation that has been enacted since that judgment.

[40] In coming to this conclusion, I do not mean to call into question the capital importance of the doctrine of *res judicata* to the administration of justice. The purpose of *res judicata* is to prevent the relitigation of claims that have already been decided by a court of competent jurisdiction. However, it seems to me that a decision to extend this doctrine by applying it to the unique circumstances of this case would encroach unduly upon the legislature's prerogative to nullify the effects of a final judgment that would otherwise be binding as between the parties. Put more simply, whereas *res judicata* can preclude a party from asking a court to undo the effects of a judgment involving a decided issue, it precludes the *legislature* from undoing the effects of a judgment only if the judgment amounts to a decided case.

[41] In light of this Court's existing jurisprudence, only a final judgment on the merits of the case would preclude the application of an interpretation set out in declaratory legislation.

plutôt l'absence d'un jugement définitif statuant sur les droits et obligations des parties. Tout comme les causes qui font l'objet d'un appel, les affaires renvoyées devant un tribunal d'instance inférieure sont aussi pendantes.

[39] Le 20 juin 2008, à l'entrée en vigueur des dispositions déclaratoires, le litige entre les parties était pendant. Bien que l'arrêt du 2 avril 2008 de la Cour d'appel eût acquis « [l']autorité de la chose jugée » au sens de l'art. 2848 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, il ne statuait pas entièrement et définitivement sur les droits et obligations des parties découlant des deux terminaisons partielles. Je le répète, est pendante une affaire qui n'a pas été tranchée par un jugement définitif et irrévocable statuant sur les droits et obligations des parties. Un jugement définitif qui tranche une question sans résoudre le litige au fond n'empêche pas le décideur de qui relève la décision définitive sur les droits et obligations des parties d'appliquer une loi déclaratoire adoptée postérieurement à ce jugement.

[40] En concluant de la sorte, je ne souhaite pas remettre en question l'importance capitale, pour l'administration de la justice, de la doctrine de l'autorité de la chose jugée. Cette doctrine vise à éviter la réouverture des affaires déjà jugées par un tribunal compétent. Toutefois, j'estime qu'étendre la portée de cette doctrine et l'appliquer aux circonstances particulières de l'espèce empiéterait indûment sur la prérogative du législateur d'écarter les effets d'un jugement définitif qui lierait par ailleurs les parties. En termes plus simples, alors que l'autorité de la chose jugée peut empêcher une partie de demander à un tribunal d'annuler les effets d'une décision qui tranche une question, elle empêche seulement le *législateur* d'annuler l'effet d'une décision qui tranche une affaire.

[41] Selon la jurisprudence de la Cour, seul un jugement définitif rendu sur le fond de l'affaire ferait obstacle à l'application d'une interprétation formulée dans une loi déclaratoire.

[42] The Court of Appeal's decision resulted in a final determination only on the question of law relating to the interpretation of certain provisions of the Rules and their compatibility with the *SPPA*. The court remitted the question of the parties' substantive rights in light of this interpretation to the Régie for determination. As a result, there had been no final resolution of the dispute between the parties as of June 20, 2008. The terms of the partial termination of the Fund had yet to be determined. The case between the parties therefore remained pending when the declaratory provisions came into force, and a competent authority properly charged with resolving the dispute between the parties was entitled to give effect to those provisions in doing so.

[43] Because the Court of Appeal had remitted the matter to it, the Régie was a competent authority properly charged with resolving a pending case when the declaratory provisions came into force. It was therefore open to the Régie to take them into consideration in determining the outcome of that case.

(2) Significance of a Decision to Remit a Matter With Directions

[44] In its judgment of April 2, 2008, the Court of Appeal remitted the matter to the Régie, ordering it to review its decisions in light of the court's reasons. Having discussed the issue of *res judicata* that flowed from the Court of Appeal's decision, I will now turn to the issue of *stare decisis*.

[45] Multi-Markes and Sean Kelly argue that because the Court of Appeal had remitted the matter to the Régie together with a direction, the Régie's jurisdiction was limited and it was bound to apply the law as interpreted by the court regardless of developments subsequent to the court's decision.

[46] This approach is erroneous because it disregards the proper functioning of the principle of *stare decisis*. Where an administrative decision-maker has a duty to follow the directions of a reviewing court, it is on the basis of *stare decisis*: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529, at

[42] L'arrêt de la Cour d'appel n'a statué définitivement que sur une question de droit relative à l'interprétation de certaines dispositions des Règles et à leur compatibilité avec la *LRCR*. La cour a renvoyé à la Régie la question des droits substantiels des parties pour qu'elle en décide en tenant compte de cette interprétation. Le 20 juin 2008, le litige entre les parties n'avait donc pas connu de résolution définitive. Les modalités des terminaisons partielles du Régime n'avaient pas encore été établies. Le litige entre les parties était donc toujours pendant lorsque les dispositions déclaratoires sont entrées en vigueur, et l'autorité compétente à qui il appartenait de résoudre le litige entre les parties pouvait alors donner effet aux dispositions déclaratoires.

[43] La Cour d'appel lui ayant renvoyé la cause, la Régie était une autorité compétente à qui il appartenait de trancher une affaire qui était pendante à l'entrée en vigueur des dispositions déclaratoires. Elle pouvait donc tenir compte de ces dispositions pour statuer sur l'affaire.

(2) Portée d'une décision portant renvoi d'une affaire et assortie de directives

[44] Dans sa décision du 2 avril 2008, la Cour d'appel a renvoyé l'affaire à la Régie en lui ordonnant de réviser ses décisions conformément aux motifs de l'arrêt. Ayant statué sur la question de l'autorité de la chose jugée qui a découlé de la décision de la Cour d'appel, je vais maintenant traiter de la question du *stare decisis*.

[45] Multi-Markes et Sean Kelly soutiennent que, parce que la Cour d'appel avait ordonné le renvoi en donnant des directives, la Régie n'exerçait qu'une compétence limitée et devait appliquer la loi telle que la Cour d'appel l'avait interprétée, sans tenir compte des changements postérieurs à l'arrêt.

[46] Ce raisonnement est erroné parce qu'il se méprend sur la raison d'être du principe du *stare decisis*. Lorsqu'il revient à un décideur administratif de suivre les directives d'une cour de révision, c'est en application du principe du *stare decisis* : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003]

para. 54. It is therefore obligated to follow such directions only insofar as they remain good law.

[47] In the case at bar, once the matter had been remitted to the Régie for redetermination, the Régie's jurisdiction was limited only by the principle of *stare decisis*. It was by virtue of *stare decisis* that the Régie was bound to apply the Court of Appeal's interpretation to the case before it. When the declaratory legislation came into force, however, it operated as a part of the jurisprudence and overruled the court's interpretation. This legislation then became the new binding precedent on the question of the interpretation of certain provisions of the *SPPA*. The principle of *stare decisis* dictates, therefore, that changes to the law in the form of declaratory legislation that occur before a final disposition of the litigation will negate the precedential value of directions from the reviewing court that conflict with them. Had the law on this question been changed in the interim by a new precedent from this Court, the Régie would have been bound by this Court's decision in the same way as it is bound by the legislation in question. In the instant case, the declaratory legislation is not ambiguous, and the National Assembly decided unanimously to counter the effect of the Court of Appeal's decision by enabling the Régie to interpret the *SPPA* in a manner consistent with what the legislature considered to be the Act's true objectives. As a result of the legislature's intervention, the Court of Appeal's directions became bad law. Accordingly, the Régie was not only entitled to interpret the *SPPA* in light of the declaratory provisions, it was obligated to do so.

[48] Finally, it should be noted that under the *SPPA*, the Régie was required to apply the correct law and therefore had to adopt the meaning that, according to the declaratory legislation, the law had always had. Since declaratory legislation applies retroactively, the *SPPA* is deemed to have contained the relevant provisions since it was first enacted. Section 202 of the *SPPA* provides that when an employer withdraws from a multi-employer pension plan, the pension committee must file with the Régie "a report establishing the benefits accrued to each member and beneficiary affected and the

3 C.F. 529, par. 54. Le décideur est donc tenu de suivre ces directives dans la seule mesure où elles demeurent juridiquement valables.

[47] En l'espèce, la compétence de la Régie, une fois que l'affaire lui a été renvoyée, n'était limitée que par le principe du *stare decisis*. C'est ce principe qui obligeait la Régie à appliquer à l'affaire dont elle était saisie l'interprétation établie par la Cour d'appel. Toutefois, lorsqu'elle est entrée en vigueur, la loi déclaratoire a pris valeur jurisprudentielle et a infirmé l'interprétation de la Cour d'appel. Cette loi est alors devenue le nouveau précédent obligatoire relativement à l'interprétation de certaines dispositions de la *LRCR*. Ainsi, suivant le principe du *stare decisis*, les modifications juridiques opérées par une loi déclaratoire avant le règlement définitif d'un litige annulent la valeur de précédent des directives d'une cour de révision qui sont contraires. Si un nouveau précédent de notre Cour avait modifié entre-temps le droit relatif à la question litigieuse, la Régie aurait été liée par l'arrêt de notre Cour tout comme elle est liée par la loi en question. En l'espèce, la loi déclaratoire n'est pas ambiguë et l'Assemblée nationale a décidé unanimement de contrer l'effet de la décision de la Cour d'appel en permettant à la Régie d'interpréter la *LRCR* conformément à ce que le législateur considérait être les véritables objectifs de cette loi. L'intervention du législateur a donc privé les directives de la Cour d'appel de leur validité juridique. En conséquence, la Régie n'était pas seulement habilitée à interpréter la *LRCR* en fonction des dispositions déclaratoires, elle en avait l'obligation.

[48] Enfin, il faut signaler qu'il incombait à la Régie, aux termes de la *LRCR*, de donner effet au droit applicable, et elle devait donc attribuer à la *LRCR* le sens que celle-ci avait toujours eu, selon la loi déclaratoire. Les lois déclaratoires ayant une portée rétroactive, la *LRCR* est réputée avoir inclus les dispositions en cause depuis son adoption. Selon l'art. 202 de la *LRCR*, lorsqu'un employeur se retire d'un régime de retraite interentreprises, le comité de retraite doit transmettre à la Régie « un rapport établissant les droits de chacun des participants et bénéficiaires visés ainsi que leur valeur ». Selon

value thereof”. Pursuant to s. 203, the Régie may not authorize the withdrawal unless this report is in conformity with the *SPPA*. Although the Régie’s statutory obligation to issue a certificate in conformity with the law is not the main source of its authority to disregard the Court of Appeal’s decision, this obligation certainly lends support to the proposition that the Régie may not apply bad law.

VI. Conclusion

[49] For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Fish J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

I. Introduction

[50] In accordance with the rule of law principle, all administrative decision-makers are subject to judicial review by courts of inherent jurisdiction. “The function of judicial review is . . . to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 28). An administrative decision-maker does not have the power to second-guess the final judgment of a court of inherent jurisdiction regarding the legality of its decisions. This would in effect undermine the process of judicial review, and threaten the rule of law. I am concerned that the reasons of the majority in the present appeal do just that. They allow the Régie des rentes du Québec (“Régie”) to disregard clear instructions from the Quebec Court of Appeal, and to re-visit an issue that — as between the parties to this appeal — had been definitively settled by the courts.

[51] I agree with my colleague Wagner J. that the legislature has the power to enact declaratory provisions which have a retroactive effect, and that such provisions apply to all pending cases. However, with respect for the contrary opinion, these propositions do not resolve the present appeal. At the heart of this

l’art. 203 de la même loi, la Régie ne peut autoriser le retrait si le rapport n’est pas conforme à la *LRCR*. Bien que l’obligation légale de la Régie de délivrer un certificat conformément à la loi ne soit pas ce qui l’habilite principalement à passer outre à la décision de la Cour d’appel, cette obligation permet certainement d’affirmer que la Régie ne peut appliquer une règle de droit invalide.

VI. Conclusion

[49] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Fish rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

I. Introduction

[50] Conformément au principe de la primauté du droit, toutes les décisions administratives sont assujetties au contrôle des cours de compétence inhérente. « Le contrôle judiciaire [. . .] vise à assurer la légalité, la rationalité et l’équité du processus administratif et de la décision rendue » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). Les décideurs administratifs n’ont pas le pouvoir de remettre en question le jugement définitif rendu sur la légalité de leurs décisions par une cour de compétence inhérente, car le processus de contrôle judiciaire s’en trouverait alors compromis et la primauté du droit menacée. Je crains que les motifs de la majorité en l’espèce n’aient exactement cet effet. Ils permettent en effet à la Régie des rentes du Québec (« Régie ») de passer outre aux directives claires de la Cour d’appel du Québec et de rouvrir une question qui, pour les parties au présent pourvoi, a été définitivement tranchée par les tribunaux judiciaires.

[51] Comme mon collègue le juge Wagner, je suis d’avis que le législateur a le pouvoir d’édicter des dispositions déclaratoires de portée rétroactive et que de telles dispositions s’appliquent à toutes les affaires pendantes. Mais, en tout respect pour l’opinion contraire, j’estime que ces principes ne

appeal is the question of whether an administrative decision-maker can ignore the directions of a court that has supervisory jurisdiction over it, and effectively reinstate its original decision after it has been overturned in the course of judicial review. In my view, the answer to this question is no.

II. Facts and Judicial History

[52] I rely on my colleague's apt summary of the facts and judicial history relevant to this appeal.

III. Analysis

A. *The Quebec Court of Appeal Definitively Settled the Legal Issue in Dispute*

[53] It is a settled principle that laws can take effect retroactively, so long as the legislature indicates its intention in clear statutory language. In this way, the legislature can change the outcome of a legal dispute, by enacting provisions which apply to a *pending case*. As the British Columbia Court of Appeal stated in *Barbour v. University of British Columbia*, 2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. vi:

We consider it is clear in Canada that the Legislature may enact legislation that has the effect of retroactively altering the law applicable to a dispute. While a Legislature may not interfere with the Court's adjudicative role, it may amend the law which the court is required to apply in its adjudication. [para. 32]

(See also *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paras. 69-72; *Société canadienne de métaux Reynolds ltée v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 45 (C.A.), at paras. 16-17.)

[54] However, retroactive laws do not apply to pending legal disputes of their own force. They fall to be applied by the administrative decision-makers or courts that have jurisdiction to resolve the matters in dispute. When a retroactive law comes into force

suffisent pas pour décider du présent pourvoi. La question fondamentale qui se pose en l'espèce est celle de savoir si un décideur administratif peut faire abstraction des directives d'une cour exerçant sur lui un pouvoir de surveillance et rétablir en substance sa décision initiale annulée à l'issue du contrôle judiciaire. J'estime qu'il faut y répondre par la négative.

II. Faits et historique judiciaire

[52] Je m'en tiendrai à l'excellent exposé des faits et de l'historique judiciaire formulé par mon collègue.

III. Analyse

A. *La Cour d'appel du Québec a statué définitivement sur la question de droit en litige*

[53] Il est de droit constant qu'une loi puisse rétroagir si le législateur a clairement exprimé cette intention dans la loi. Ainsi, le législateur peut, en édictant des dispositions applicables à une *affaire pendante*, modifier l'issue d'un litige. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a affirmé dans *Barbour c. University of British Columbia*, 2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. vi :

[TRADUCTION] Nous estimons qu'il est clair, au Canada, que le législateur peut édicter des lois ayant pour effet de modifier rétroactivement le droit applicable à un litige. Le législateur, bien qu'il ne puisse s'immiscer dans le rôle de la Cour de trancher des litiges, peut modifier la loi que la Cour doit appliquer dans l'exercice de cette fonction. [par. 32]

(Voir aussi *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 69-72; *Société canadienne de métaux Reynolds ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 45 (C.A.), par. 16-17.)

[54] Toutefois, les lois rétroactives ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux litiges pendants. Elles doivent être appliquées par les tribunaux administratifs ou judiciaires ayant compétence pour statuer sur les points en litige. Lorsqu'une loi rétroactive

while a case is being appealed, it falls to be applied by whatever level of appellate court is seized of the matter at that time. This principle was recognized in *Western Minerals Ltd. v. Gaumont*, [1953] 1 S.C.R. 345, where Cartwright J. stated:

. . . I think it clear that the Appellate Division would be bound to give effect to a Statute, passed after the judgment from which the appeal is taken but before the hearing or decision of the appeal, declaring what the law is and always has been and so, of necessity, declaring what it was at the time of the trial. [Emphasis added; p. 369.]

The Alberta Court of Appeal made the same point in *CNG Producing Co. v. Alberta (Provincial Treasurer)*, 2002 ABCA 207, 317 A.R. 171:

Although retroactive legislation applies to pending cases, it does not apply to cases that have reached the stage of an entered judgment. If, however, a judgment has been entered following the trial of an action and the Legislature enacts a retroactive statute prior to the hearing of an appeal, then the outcome of the appeal may turn on the new statute . . . [Emphasis added; para. 48.]

[55] Once all avenues of appeal have been exhausted, the authority of *res judicata* applies to preclude parties from re-litigating an issue that has been decided on the merits. This is so even if the legislature has changed the law retroactively and, as a result, the final judgment now contains an error in law. Indeed, “the authority of *res judicata* exists even when there is an error in the judgment” (*Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at p. 403).

[56] In the present case, only the Supreme Court of Canada, before which an application for leave to appeal was pending at the time of the coming into force of the retroactive provisions, had the jurisdiction to apply the provisions to resolve the dispute between Multi-Markes and the pension beneficiaries. Once it denied leave to appeal, all avenues of appeal were exhausted. Consequently, the Quebec Court of Appeal’s judgment acquired the authority of *res judicata* between the parties with respect to the issue of whether the employer’s funding obligations could be limited by clauses 9.12 and 9.13

entre en vigueur pendant qu’une cause est portée en appel, il appartient à la juridiction d’appel alors saisie de l’appliquer. Ce principe a été reconnu dans *Western Minerals Ltd. c. Gaumont*, [1953] 1 R.C.S. 345, où le juge Cartwright a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . je crois que la Division d’appel serait clairement tenue de donner effet à une loi, adoptée postérieurement à la date du jugement porté en appel, mais avant l’audition de l’appel ou la décision d’appel, qui déclarerait ce qu’est et a toujours été le droit et, par voie de conséquence, ce qu’il était au moment du procès. [Je souligne; p. 369.]

La Cour d’appel de l’Alberta a réitéré ce principe dans *CNG Producing Co. c. Alberta (Provincial Treasurer)*, 2002 ABCA 207, 317 A.R. 171 :

[TRADUCTION] Une loi rétroactive s’applique aux affaires pendantes, mais non aux affaires ayant franchi l’étape du jugement. Toutefois, si une affaire a été instruite et jugée et si une loi rétroactive est édictée avant l’instruction d’un appel, l’issue de l’appel peut alors dépendre de la nouvelle loi . . . [Je souligne; par. 48.]

[55] Lorsque toutes les voies d’appel sont épuisées, le principe de l’autorité de la chose jugée s’applique et empêche les parties de remettre en cause une question qui a été tranchée au fond. Il en est ainsi même si le législateur a modifié la loi rétroactivement, de sorte que le jugement définitif renferme alors une erreur de droit. En effet, « l’autorité de la chose jugée existe même dans le cas où le jugement est entaché d’erreur » (*Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 403).

[56] En l’espèce, seule la Cour suprême du Canada, qui était saisie d’une demande d’autorisation d’appel à la date où les dispositions rétroactives sont entrées en vigueur, avait compétence pour appliquer les dispositions en vue de trancher le différend opposant Multi-Markes aux bénéficiaires du régime de retraite. Le rejet de cette demande a épuisé toutes les voies d’appel. Le jugement de la Cour d’appel du Québec a donc acquis l’autorité de la chose jugée entre les parties concernant la question de savoir si les art. 9.12 et 9.13 des règles du Bakery and Confectionery Union and

of the Rules and Regulations for the Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund (the “Pension Fund’s Rules”) (2008 QCCA 597, [2008] R.J.Q. 853, leave to appeal refused, [2008] 3 S.C.R. ix).

[57] My colleague Wagner J. contends that the declaratory provisions applied to the dispute at hand, because it was a “pending case”. He recognizes that disputes in which there has been a final determination of *all* the rights and obligations of the parties are beyond the reach of declaratory provisions. However, he argues that so long as there remain issues — no matter their nature — to be determined, declaratory provisions will apply to the dispute and may negate any final judgments which have definitively resolved certain of the legal questions at issue.

[58] In this appeal, the precise monetary liability of the employer was not determined by the Court of Appeal’s disposition, and the matter was remitted back to the Régie for a computation of that liability. In my colleague’s view, this sufficed for the dispute to remain a “pending case” and for the declaratory provisions to apply.

[59] I cannot agree. Courts interpret and apply declaratory laws restrictively. These laws apply to pending cases, but do not reopen decided cases (*Western Minerals*, at p. 370). The application of declaratory laws is closely tied to the appeal process — they do not apply to a dispute once all avenues of appeal have been exhausted. This restrictive interpretation and application of declaratory laws is intended to preserve stability and certainty in the legal system. It recognizes that judicial determinations which have been obtained by parties after a full appeal process should not be lightly disturbed.

[60] In my view, the rationale for applying declaratory laws restrictively suggests that my colleague’s distinction between (i) a final judgment, and (ii) a final judgment that definitively determines *all* rights and obligations of the parties (Wagner J.,

Industry Canadian Pension Fund (les « Règles ») pouvaient restreindre les obligations de l’employeur en matière de financement (2008 QCCA 597, [2008] R.J.Q. 853, demande d’autorisation d’appel rejetée, [2008] 3 R.C.S. ix).

[57] Selon mon collègue le juge Wagner, les dispositions déclaratoires s’appliquaient à ce litige parce qu’il s’agissait d’une « affaire pendante ». Il reconnaît que les dispositions déclaratoires ne peuvent s’appliquer aux litiges dans lesquels une cour a statué définitivement sur *tous* les droits et les obligations des parties. Il affirme toutefois que dès lors qu’il reste des questions à trancher — quelle que soit leur nature — les dispositions déclaratoires s’appliquent au litige et peuvent écarter tout jugement qui a statué définitivement sur certaines des questions juridiques en cause.

[58] En l’espèce, la décision de la Cour d’appel n’a pas établi à combien se chiffre précisément l’obligation pécuniaire de l’employeur, et la cour a renvoyé l’affaire à la Régie pour qu’elle le fasse. De l’avis de mon collègue, cela suffisait pour que le litige reste une « affaire pendante » et pour que s’appliquent les dispositions déclaratoires.

[59] Je ne saurais être d’accord. Les tribunaux interprètent et appliquent de façon restrictive les lois déclaratoires. Ces lois s’appliquent aux affaires pendantes, mais n’opèrent pas la réouverture des affaires déjà jugées (*Western Minerals*, p. 370). L’application des lois déclaratoires est étroitement liée au processus d’appel — ces lois ne s’appliquent pas à un litige lorsque toutes les voies d’appel sont épuisées. Le principe de l’interprétation et de l’application restrictives des lois déclaratoires vise à préserver la stabilité et la certitude au sein du système juridique. Il indique qu’il ne faut pas modifier à la légère les décisions judiciaires qu’ont obtenues les parties à l’issue de tous les recours d’appel.

[60] À mon avis, la raison d’être de l’application restrictive des lois déclaratoires porte à croire que la distinction que fait mon collègue entre (i) un jugement définitif et (ii) un jugement statuant définitivement sur *tous* les droits et obligations des

at para. 30), is inappropriate in this context. Nor, in my respectful view, is there any legal authority to support my colleague's distinction. A judgment which definitively settles a contested legal issue as between the parties is no less worthy of being protected from the retroactive effects of declaratory laws than a judgment which settles all rights and obligations in dispute.

[61] The present appeal illustrates this. The Quebec Court of Appeal found that the Pension Fund's Rules effectively limited the employer's funding obligations, and the Supreme Court of Canada declined to interfere with that conclusion. Following this conclusive determination, what remained were the rather clerical tasks of collecting actuarial reports and computing the precise monetary liability of the employer — tasks which were left to the Régie, as they fell within its area of specialization. There were no longer any avenues of appeal through which the Quebec Court of Appeal's conclusions on the employer's funding obligations could be challenged. The parties had sought a final determination of the issue and had obtained it, running up the appellate ladder in the process. Yet the application of declaratory provisions reopened litigation of a dispute whose core issues had been definitively determined, leading the parties back up the appellate ladder. This is precisely what the well-settled principle of applying declaratory laws restrictively is meant to prevent.

[62] My colleague also relies heavily on the intent of the legislature, which he contends was specifically to negate the effects of the Court of Appeal's judgment as between the parties. I agree that, in theory, the legislature has the power to extinguish all the effects of a judgment. However, to infer that the legislature intended to extinguish the effects of a judgment as between the parties — an extraordinary step — clear language is required. The declaratory law in this case does not contain such language.

parties (motifs du juge Wagner, par. 30) est inopportune dans ce contexte. Et, à mon humble avis, aucun fondement légal n'appuie cette distinction que fait mon collègue. Un jugement qui tranche définitivement un point de droit sur lequel les parties s'opposent ne mérite pas moins d'être soustrait aux effets rétroactifs d'une loi déclaratoire qu'un jugement statuant sur tous les droits et les obligations en litige.

[61] C'est ce qu'illustre le présent pourvoi. La Cour d'appel du Québec a conclu que les Règles du régime de pension limitaient effectivement les obligations de l'employeur en matière de financement, et la Cour suprême du Canada n'a pas jugé bon d'intervenir dans cette décision. Après ce jugement décisif, seules demeuraient les tâches plutôt administratives de réunir les rapports actuariels et de calculer le montant exact de l'obligation pécuniaire de l'employeur — des tâches qui relevaient du domaine de spécialisation de la Régie et que la cour a laissées à cette dernière. Il n'existait plus aucune voie d'appel permettant de contester les conclusions de la Cour d'appel du Québec relatives aux obligations de l'employeur en matière de financement. Les parties avaient demandé et obtenu une décision définitive sur la question, en se rendant jusqu'au tribunal de dernier recours. Pourtant, l'application des dispositions déclaratoires a rouvert l'examen d'un litige dont les principales questions avaient été définitivement résolues et a ramené les parties à gravir tous les échelons des recours d'appel. C'est précisément ce que vise à prévenir le principe bien établi de l'interprétation restrictive des lois déclaratoires.

[62] En outre, mon collègue s'appuie fortement sur l'intention du législateur qui, selon lui, voulait spécifiquement annuler les effets du jugement de la Cour d'appel à l'égard des parties. Je suis d'accord pour dire qu'en théorie, le législateur a le pouvoir d'annuler tous les effets d'un jugement. Toutefois, pour inférer que le législateur voulait annuler les effets d'un jugement à l'égard des parties — une mesure extraordinaire — son intention doit être exprimée clairement dans la loi. Or, les termes de la loi déclaratoire en l'espèce n'expriment pas clairement cette intention.

[63] It is useful to distinguish between the different effects produced by a judgment. One effect of a final judgment is to create a precedent that courts and tribunals must follow. This effect is called *stare decisis*: “. . . a court must follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”, unless or until such decisions are revisited or overruled by a higher court (*Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009); *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at p. 515). A second effect of a binding judgment is to fix the rights and obligations of the parties, rendering the issue in dispute *res judicata*.

[64] It is sufficient for the legislature to say that a law is “declaratory” in order to deprive contrary jurisprudence of its precedential value. However, it takes more explicit language to infer that the legislature intended to deprive a final judgment of its authority of *res judicata* as between the parties to a dispute where all avenues of appeal have been exhausted. As the Saskatchewan Court of Appeal stated in *Zadvorny v. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59:

To change a law of general application, retroactively, is one thing; to legislate the extinguishment of a judgment is another. To satisfy us that the Legislature intended to deprive the respondent of his judgment . . . would take the clearest of language. [para. 9]

(Cited with approval in *Hornby Island Trust Ctee. v. Stormwell* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383, at p. 392.)

In the present case, the legislature chose not to use language that specifically provided for the extinguishment of the Court of Appeal’s judgment. In the absence of such language, it is appropriate to construe the provisions restrictively, as only depriving the judgment of its precedential value.

[65] In summary, I am of the view that there is no principled basis on which to conclude that declaratory laws apply to judicial determinations for

[63] Il est utile de faire une distinction entre les différents effets que produit un jugement. Un jugement définitif a notamment pour effet de créer un précédent que doivent suivre les tribunaux judiciaires ou administratifs. C’est l’effet que l’on appelle le *stare decisis* : [TRADUCTION] « . . . les tribunaux saisis de nouveau d’une question donnée doivent rendre des décisions conformes à celles qu’ils ont déjà rendues », jusqu’à ce que les décisions soient réexaminées ou infirmées par un tribunal supérieur (*Black’s Law Dictionary* (9^e éd. 2009); *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504, p. 515). Un jugement définitif a aussi pour effet d’établir les droits et obligations des parties, ce qui confère à la question en litige l’autorité de la chose jugée.

[64] Il suffit pour le législateur de dire qu’une loi est « déclaratoire » pour priver de sa valeur précédente une jurisprudence contraire. Cependant, il faut un libellé plus explicite pour inférer que le législateur a voulu priver de l’autorité de la chose jugée un jugement définitif à l’égard des parties à un litige lorsque toutes les voies d’appel ont été épuisées. Comme la Cour d’appel de la Saskatchewan l’a affirmé dans *Zadvorny c. Saskatchewan Government Insurance* (1985), 38 Sask. R. 59 :

[TRADUCTION] Modifier rétroactivement une loi d’application générale est une chose; annuler un jugement par voie législative en est une autre. Pour nous convaincre que le législateur entendait priver l’intimé de son jugement, [. . .] il faudrait qu’il l’eût exprimé dans les termes les plus clairs. [par. 9]

(Cité avec approbation dans *Hornby Island Trust Ctee. c. Stormwell* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383, p. 392.)

En l’espèce, le législateur a choisi de ne pas employer des termes indiquant spécifiquement qu’il annulait le jugement de la Cour d’appel. En l’absence de tels termes, il convient d’interpréter les dispositions restrictivement et de conclure qu’elles ne privent le jugement que de sa valeur de précédent.

[65] En résumé, je suis d’avis qu’aucun principe de droit ne permet de conclure que les lois déclaratoires s’appliquent aux décisions judiciaires pour

which all avenues of appeal have been exhausted, but which fall short of determining every issue in dispute. This runs counter to the principle that declaratory provisions must be interpreted and applied restrictively, and to the correlative principle that clear statutory language is required to extinguish the effects of a judgment as between the parties. It follows that the Court of Appeal's judgment was final and binding: the Régie had [TRANSLATION] "to review its decisions . . . in conformity with" the Court of Appeal determination that clauses 9.12 and 9.13 of the Pension Fund's Rules operated to limit the employer's funding obligations (see para. 108 of the Court of Appeal's reasons).

B. The Régie Had No Jurisdiction to Overturn the Court of Appeal's Final Judgment

[66] The Régie had no jurisdiction to revise the Court of Appeal's decision and apply more recent legal developments to come to a different conclusion. The Régie was only seized of the case again because the Court of Appeal had remitted the matter to it with directions. I am willing to accept — as my colleague Wagner J. appears to argue — that a court's remission of a matter with directions to a decision-maker may sometimes revive that decision-maker's original jurisdiction over the matter, which would allow the legal issues in dispute to be considered afresh. However, in my view, this only happens if the substance of the court's directions *requires* the decision-maker to commence a fresh review of the legal matter. Here, the substance of the Court of Appeal's directions was that the Régie should compute the employer's precise monetary liability in light of the principle that the employer's funding obligations were limited by clauses 9.12 and 9.13 of the Pension Fund's Rules. The directions did not require the Régie to redetermine the substantive rights and obligations of the employer and of the fund beneficiaries. In so doing, the Régie acted without jurisdiction.

[67] Orders remitting a matter to an administrative decision-maker with directions can take many

lesquelles toutes les voies d'appel ont été épuisées, mais qui ne statuent pas sur toutes les questions en litige. Une telle conclusion irait à l'encontre du principe voulant que les dispositions déclaratoires doivent recevoir une interprétation et une application restrictives, et à l'encontre du principe corrélatif suivant lequel un texte législatif clair est nécessaire pour annuler les effets d'un jugement à l'égard des parties. Il s'ensuit que le jugement de la Cour d'appel était définitif et exécutoire : il fallait que la Régie « révise ses décisions [. . .] en se conformant » à la décision de la Cour d'appel selon laquelle les art. 9.12 et 9.13 des Règles limitaient les obligations de l'employeur en matière de financement (voir les motifs de la Cour d'appel, par. 108).

B. La Régie n'avait pas compétence pour infirmer le jugement définitif de la Cour d'appel

[66] La Régie n'avait pas compétence pour réviser la décision de la Cour d'appel et formuler une conclusion différente en appliquant des dispositions législatives plus récentes. Elle n'était saisie de nouveau de l'affaire que parce que la Cour d'appel la lui avait renvoyée avec des directives. Je suis prête à reconnaître — comme semble l'affirmer mon collègue le juge Wagner — que le renvoi d'une affaire au décideur administratif accompagné de directives puisse parfois faire renaître la compétence initiale de ce dernier, ce qui lui permettrait de reprendre du début l'examen des questions juridiques en litige. Toutefois, cela ne se produit, selon moi, que si les directives *obligent* le tribunal administratif à reprendre l'examen de ces questions. En l'espèce, la Cour d'appel donnait essentiellement instruction à la Régie de chiffrer précisément l'obligation pécuniaire de l'employeur en tenant pour acquis que les art. 9.12 et 9.13 des Règles limitaient l'obligation de l'employeur en matière de financement. Les directives n'exigeaient pas que la Régie se prononce de nouveau sur les droits et obligations substantiels de l'employeur et des bénéficiaires du régime et, en le faisant, la Régie a agi sans compétence.

[67] Les ordonnances portant renvoi d'une affaire à un décideur administratif et comportant des

shapes. A court's directions must be interpreted in light of the totality of their content and of the context in which they were given (*Shuchuk v. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)*, 2012 ABCA 50, 522 A.R. 336, at para. 23).

[68] In *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529, at para. 54, Rothstein J.A. (as he then was) stated that clarifications of the law contained in a court's directions bind lower courts and tribunals pursuant to the principle of *stare decisis*. In other words, the directions function as judicial precedents. My colleague Wagner J. infers from this principle that directions can be displaced by any change in the law which renders the legal substance of the directions erroneous.

[69] In my view, this conclusion is overbroad and does not apply in all cases of remission with directions. It is important to consider the substance of the directions. In some cases, directions merely clarify the law, and require the tribunal to determine legal matters afresh in accordance with these clarifications (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 5-36 to 5-41). This was the case in *Superior Propane*, where the Federal Court of Appeal had clarified the methodology that the Competition Tribunal should use to determine whether a merger would substantially prevent or lessen competition, and had remitted to the Tribunal the legal matter of whether the merger at issue did in fact prevent or lessen competition. In these cases, the directions function as judicial precedents — it may well be that subsequent changes in the law will render the clarifications erroneous and that the directions will no longer bind the administrative decision-maker.

[70] However, in other cases, directions may in fact contain substantive determinations of the rights

directives peuvent prendre diverses formes. Les directives judiciaires doivent être interprétées au regard de tout leur contenu et du contexte dans lequel elles sont données (*Shuchuk c. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)*, 2012 ABCA 50, 522 A.R. 336, par. 23).

[68] Dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529, par. 54, le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour) a indiqué qu'en application du principe du *stare decisis*, les clarifications juridiques figurant dans des directives judiciaires lient les juridictions inférieures et les tribunaux administratifs. Autrement dit, les directives ont valeur de précédent. Mon collègue le juge Wagner infère de ce principe que les directives peuvent devenir sans effet par suite de tout changement du droit les rendant juridiquement erronées.

[69] À mon avis, il tire une conclusion trop large qui ne s'applique pas à tous les cas de renvoi assorti de directives. Il est important de tenir compte de la teneur des directives. Dans certains cas, les directives clarifient simplement le droit et exigent du tribunal administratif qu'il pose un nouveau regard sur les questions juridiques en fonction de ces clarifications (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 5-36 à 5-41). C'était le cas dans l'affaire *Supérieur Propane*, dans laquelle la Cour d'appel fédérale avait précisé la méthodologie que le Tribunal de la concurrence devait suivre pour déterminer si un fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence, et elle avait renvoyé au Tribunal la question juridique de savoir si le fusionnement en cause empêchait ou diminuait effectivement la concurrence. Dans de tels cas, les directives ont valeur de précédent — il est bien possible que des changements subséquents dans l'état du droit rendent les clarifications erronées et que les directives cessent de lier le décideur administratif.

[70] Dans d'autres cas, toutefois, les directives peuvent effectivement renfermer des conclusions

and obligations of parties, and require the administrative decision-maker to give effect to those rights and obligations. In these cases, the court's determination of the rights and obligations of the parties attracts the authority of *res judicata*. To conclude otherwise is to deprive the process of judicial review of finality and to put administrative decision-makers on an equal footing with the courts that exercise supervisory jurisdiction over them.

[71] In the present case, there was no authority for the Régie's purported jurisdiction to determine afresh whether Multi-Markes' funding obligations were limited by clauses 9.12 and 9.13 of the Pension Fund's Rules. As discussed, the Court of Appeal's directions did not instruct the Régie to determine the matter afresh. Nor does the Régie's enabling statute contain any provisions that allow it to review a matter on which a higher court has passed judgment. The Régie points to s. 26 of its enabling statute, which holds that the Régie "may, on its own initiative, revise or cancel any decision" (*An Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9). However, this provision merely grants the Régie a plenary jurisdiction, and absent clear legislative language it cannot have been intended to allow the Régie to circumvent the process of judicial review and side-step directions from a higher court (*Shuchuk*, at para. 37).

[72] As discussed above, the Court of Appeal's ruling remained binding. The ruling had lost its precedential value as a result of the declaratory provisions: the Régie would not be bound to follow its interpretation of the law in future cases. However, the authority of *res judicata* applied to it and the Régie could not disturb the Court of Appeal's definitive resolution of the legal issues as between the parties. It had to fulfill the task for which the case had been remitted to it, i.e. compute the precise monetary liability that resulted from the substantive rights and obligations determined by the Court of Appeal. By failing to do so, the Régie effectively circumvented the process of judicial review and reinstated its original decision without having the jurisdiction to do so. The majority's reasons endorse this behaviour, and undermine the finality of all

de fond sur les droits et obligations des parties et obliger le décideur administratif à donner effet à ces droits et obligations. Ces conclusions du tribunal judiciaire acquièrent alors force de chose jugée. Conclure autrement prive le processus de contrôle judiciaire de son caractère définitif et place le décideur administratif sur le même pied que les tribunaux judiciaires investis du pouvoir de le surveiller.

[71] En l'espèce, rien ne fondait la compétence dont se réclamait la Régie pour examiner à nouveau si les art. 9.12 et 9.13 des Règles limitaient les obligations de Multi-Markes en matière de financement. Comme il en a été fait mention, les directives de la Cour d'appel n'obligeaient pas la Régie à reprendre l'examen du début. En outre, aucune disposition de la loi créant la Régie ne lui permettait d'examiner une question sur laquelle une cour de juridiction supérieure s'était prononcée. La Régie invoque l'art. 26 de sa loi habilitante, lequel énonce qu'elle « peut, d'office, réviser ou révoquer toute décision » (*Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9). Cette disposition, toutefois, confère simplement une pleine compétence à la Régie, et en l'absence d'un texte législatif clair, elle ne peut exprimer l'intention de permettre à la Régie de contourner le processus de contrôle judiciaire et de faire abstraction des directives d'une cour de juridiction supérieure (*Shuchuk*, par. 37).

[72] Comme nous l'avons vu, la décision de la Cour d'appel a conservé son caractère obligatoire. La décision avait perdu sa valeur de précédent par l'effet des dispositions déclaratoires : dans les litiges futurs, la Régie ne serait plus liée par l'interprétation de la loi dictée par la Cour d'appel. Toutefois, la décision de cette dernière conservait l'autorité de la chose jugée et la Régie ne pouvait pas modifier cette décision définitive qui tranchait les questions juridiques à l'égard des parties. Elle devait accomplir la tâche pour laquelle l'affaire lui avait été renvoyée, soit calculer à combien se chiffrait l'obligation monétaire précise résultant des droits et obligations substantiels tels qu'ils avaient été circonscrits par la Cour d'appel. En se dérochant à cette tâche, la Régie a effectivement contourné le processus de contrôle judiciaire et elle a

judgments that contain a remission with directions to an administrative decision-maker.

IV. Conclusion

[73] For these reasons, I would dismiss the appeal and award costs to the respondents.

Appeal allowed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and FISH J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Régie des rentes du Québec, Québec.

Solicitors for the respondents the Canada Bread Company Ltd., Multi-Marques Inc. and Multi-Marques Distribution Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the respondent Sean Kelly, in his capacity as trustee of the Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

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

rétabli sa décision initiale alors qu'elle n'avait pas compétence pour ce faire. Les motifs des juges majoritaires approuvent cette conduite et compromettent le caractère définitif de tous les jugements concluant au renvoi d'une affaire devant un décideur administratif et comportant des directives.

IV. Conclusion

[73] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder les dépens aux intimés.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et le juge FISH sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Régie des rentes du Québec, Québec.

Procureurs des intimées Canada Bread Company Ltd., Multi-Marques Inc. et Multi-Marques Distribution Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs de l'intimé Sean Kelly, en sa qualité de fiduciaire du Bakery and Confectionery Union and Industry Canadian Pension Fund : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Pierino Divito *Appellant*

v.

**Minister of Public Safety and
Emergency Preparedness** *Respondent*

and

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

**INDEXED AS: DIVITO v. CANADA (PUBLIC SAFETY
AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

2013 SCC 47

File No.: 34128.

2013: February 18; 2013: September 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to enter Canada — Minister refusing of-fender transfer request by Canadian citizen imprisoned abroad, on basis of security concerns — Constitutional challenge of provisions governing international transfer of offenders made by Canadian citizen imprisoned abroad — Whether statutory provisions giving Minister discretion to grant or deny transfer request violate right to enter Canada and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1) — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 8(1), 10(1)(a), (2)(a).

D, a Canadian citizen, was extradited to the U.S. where he pleaded guilty to serious drug offences and was sentenced to seven and a half years in prison. He submitted a request under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), to be transferred

Pierino Divito *Appelant*

c.

**Ministre de la Sécurité publique et de la
Protection civile** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,
David Asper Centre for Constitutional
Rights et Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DIVITO *c.* CANADA
(SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

2013 CSC 47

N° du greffe : 34128.

2013 : 18 février; 2013 : 19 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d’établissement — Droit d’entrer au Canada — Refus par le ministre, fondé sur des préoccupations relatives à la sécurité, d’accéder à la demande de transfèrement d’un délinquant citoyen canadien emprisonné à l’étranger — Contestation constitutionnelle des dispositions régissant le transfèrement international de délinquants par un citoyen canadien emprisonné à l’étranger — Les dispositions législatives qui confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non à la demande de transfèrement portent-elles atteinte au droit d’entrer au Canada et, dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1) — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 8(1), 10(1)a), (2)a).

D, un citoyen canadien, a été extradé aux États-Unis où il a plaidé coupable à des infractions graves liées à la drogue et a été condamné à sept ans et demi d’emprisonnement. Il a présenté une demande sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*,

to Canada to serve the remainder of his American sentence. Under the *ITOA*, the consent of both the foreign state and the Canadian government are required before an offender can be returned to Canada. Sections 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* give the Canadian Minister of Public Safety a discretion whether to consent to the transfer. D's request was approved by the U.S. but refused by the Minister on the basis that the nature of his offence and his affiliations suggested that D's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada. D sought judicial review of the Minister's decision, arguing that the existence of discretion under the *ITOA* to refuse to consent to the return of a Canadian in a foreign prison violated his right to enter Canada protected by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Once it was confirmed that D was a Canadian citizen, he had the right to enter Canada and the Minister was required to consent to his return. The Federal Court dismissed D's application for judicial review of the Minister's refusal, concluding that the decision of the Minister was reasonable and that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* did not violate D's right as a Canadian citizen to enter Canada under s. 6(1) of the *Charter*. D appealed only the issue of the constitutionality of the provisions, not the reasonableness of the Minister's decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Mobility rights are protected by s. 6 of the *Charter*. These include the right in s. 6(1) of every citizen to enter, remain in, and leave Canada. The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is a fundamental right associated with citizenship. Without the ability to enter one's country of citizenship, the "right to have rights" within that country cannot be fully exercised. The right to enter should therefore be given a generous interpretation consistent with its purpose, the interests it was intended to protect and the broad construction of the right to enter in international law.

However, the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* do not give a Canadian citizen an automatic right to serve a sentence in Canada. The *ITOA* and the treaties which it implements provide a statutory mechanism to transfer the supervision of a prison sentence from a foreign jurisdiction to Canada, since as a matter of

L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), afin d'être transféré au Canada pour purger le reste de la peine qui lui a été infligée aux États-Unis. Aux termes de la *LTID*, le retour au Canada d'un délinquant nécessite le consentement de l'entité étrangère et du gouvernement canadien. Le paragraphe 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* confèrent au ministre de la Sécurité publique du Canada le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non au transfert. Les États-Unis ont approuvé la demande de D, mais le ministre l'a refusée au motif que la nature de son délit ainsi que ses affiliations suggéraient que le retour de D au Canada pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens. D a sollicité le contrôle judiciaire de la décision du ministre, faisant valoir que le pouvoir discrétionnaire conféré par la *LTID* de refuser de consentir au retour d'un Canadien emprisonné à l'étranger violait son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une fois sa citoyenneté canadienne établie, D estime qu'il avait le droit d'entrer au Canada et que le ministre devait consentir à son retour. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus du ministre, concluant que la décision de ce dernier était raisonnable et que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* ne violaient pas le droit de D, en tant que citoyen canadien, d'entrer au Canada, droit protégé par le par. 6(1) de la *Charte*. D a interjeté appel à l'égard de la question de la constitutionnalité des dispositions, et non à l'égard du caractère raisonnable de la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté le pourvoi.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La liberté de circulation et d'établissement est protégée par l'art. 6 de la *Charte*. Elle comprend le droit prévu au par. 6(1) pour tout citoyen d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. Le droit d'un citoyen canadien d'entrer au Canada et d'y demeurer est donc un droit fondamental lié à la citoyenneté. Sans la possibilité d'entrer dans son pays de citoyenneté, le « droit d'avoir des droits » ne peut pas être pleinement exercé. Le droit d'entrer doit donc être interprété généreusement, en fonction de son objet, des intérêts qu'il visait à protéger et de l'interprétation large qui lui est donnée en droit international.

Toutefois, le droit de circulation garanti par le par. 6(1) de la *Charte* ne donne pas à un citoyen canadien le droit automatique de purger une peine au Canada. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient un mécanisme législatif permettant de transférer la surveillance de l'exécution d'une peine d'un pays étranger au Canada,

international law, Canada has no legal authority to require the return of a citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state. Independent of the *ITOA*, there is no *right* to serve a foreign prison sentence in Canada. The *ITOA* was not intended to create a right for Canadian citizens to require Canada to administer their foreign sentence. Nor does it impose a duty on the Canadian government to permit all such citizens to serve their foreign sentences in Canada. D's submission would result in a positive obligation on Canada to administer the sentences imposed upon Canadian citizens by foreign jurisdictions. This misconstrues what s. 6(1) protects. Although the *ITOA* contemplates a mechanism by which a citizen may return to Canada in the limited context of continuing incarceration for the purpose of serving their foreign sentence, s. 6(1) does not confer a *right* on Canadian citizens to serve their foreign sentences in Canada. The impugned provisions of the *ITOA*, which make a transfer possible, do not, as a result, represent a breach of s. 6(1). Once a foreign jurisdiction consents to a transfer under s. 8(1) of the *ITOA*, however, the Minister's discretion under ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) is fully engaged and must be exercised reasonably, including in compliance with relevant *Charter* values. D's argument that the Minister *must* consent to the transfer of a Canadian citizen once a foreign state has provided its consent, calls into constitutional question not the impugned provisions, but the way the discretion is exercised. This calls for scrutiny of the reasonableness of the exercise of discretion, an issue that has not been appealed to this Court.

Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ.: Section 6(1) should be interpreted generously, in a manner that is consistent with the broad protection of mobility rights under international law and gives full effect to the provision's expansive breadth. Effective exercise of the rights conferred by s. 6(1) will often require the state's active cooperation, in part because of the extra-territorial application of the rights and the principle of sovereignty of nations. The *ITOA* was precisely designed to safeguard and facilitate the exercise of these s. 6(1) rights. Under that regime, once the foreign state has consented to the transfer, the sole impediment to the exercise of the citizen's s. 6(1) right is the Minister's discretion under ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA*. Hence the provisions constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*.

puisque, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'exiger le retour d'un citoyen qui est légalement détenu par un pays étranger. Indépendamment de la *LTID*, il n'existe pas de *droit* de purger au Canada une peine de prison infligée à l'étranger. La *LTID* ne visait pas à créer un droit pour les citoyens canadiens d'exiger que le Canada prenne en charge les peines qui leur sont infligées à l'étranger. Elle n'oblige pas non plus le gouvernement canadien à permettre à tous ses citoyens de purger ces peines au Canada. Selon les prétentions de D, le Canada aurait l'obligation de prendre en charge l'exécution des peines infligées aux citoyens canadiens par des pays étrangers. Cela constitue une interprétation erronée des droits protégés par le par. 6(1). Bien que la *LTID* permette à un citoyen de retourner au Canada dans ce but, dans le contexte restreint du maintien en détention, le par. 6(1) ne confère pas aux citoyens canadiens le *droit* de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger. Les dispositions contestées de la *LTID*, qui rendent un transfèrement possible, ne constituent donc pas une violation du par. 6(1). Cela dit, une fois que le pays étranger consent au transfèrement en vertu du par. 8(1) de la *LTID*, le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par les al. 10(1)a) et 10(2)a) est entièrement applicable et doit être exercé de manière raisonnable, y compris de manière à respecter les valeurs pertinentes de la *Charte*. L'argument de D selon lequel le ministre *doit* consentir au transfèrement d'un citoyen canadien si le pays étranger y consent remet en question, sur le plan constitutionnel, non pas les dispositions contestées, mais la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Il faut donc examiner le caractère raisonnable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, une question qui n'a pas été portée en appel devant la Cour.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish : Il faut interpréter généreusement le par. 6(1), d'une manière qui soit cohérente avec la protection large que confère le droit international à la liberté de circulation et qui donne plein effet à la portée étendue de la disposition. L'exercice réel des droits conférés par le par. 6(1) exigera souvent la coopération active de l'État en raison, notamment, de leur application extraterritoriale et du principe de la souveraineté des nations. La *LTID* a été conçue précisément pour sauvegarder les droits garantis au par. 6(1) et pour en faciliter l'exercice. Selon ce régime, dès qu'un pays étranger a consenti à un transfèrement, le pouvoir discrétionnaire que confèrent le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* au ministre devient le seul obstacle à ce qu'un citoyen exerce les droits que lui confère le par. 6(1). Les dispositions constituent donc une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*.

The limitation is nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*. Ensuring the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism and organized crime are pressing and substantial objectives. Properly understood, the factors set out in ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* relate to risks that arise upon the transfer of offenders before their release. Given that, in some cases, the objectives of the *ITOA* would be served by refusing a transfer based on those factors, the Minister's discretion to consider them on a case-by-case basis is rationally connected to the objectives. In addition, at least in some cases, refusing a transfer based on the factors will be the sole — and therefore the most minimally impairing — alternative open to the Minister. In light of both the binary nature of the Minister's decision and the citizen's continued incarceration, it is difficult to conceive of a less drastic means of achieving Parliament's protective purpose. Finally, the impugned provisions are proportionate in their effect. The beneficial effects of permitting the Minister to consider threats to Canadian security in deciding whether to permit a transfer are self-evident, and the prejudicial effect of a refusal on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad is palliated by the fact that the citizens in question will be able to enter Canada after serving their sentence in the foreign jurisdiction.

Since D no longer challenges the reasonableness of the Minister's decision, it is unnecessary to consider whether the Minister's discretion under the *ITOA* was properly exercised in this case. However, while the Minister's discretion is broad and flexible and entitled to a large measure of deference given the complex social and political problems being tackled, it must be exercised with due regard for the s. 6(1) *Charter* rights at stake.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; **distinguished:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; **referred to:** *Divito v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148; *R. v. Gauvin* (1997), 187 N.B.R. (2d) 262; *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985]

Cette limite est néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Assurer la sécurité du Canada et prévenir les infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle constituent des objectifs urgents et réels. Interprétés correctement, les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* ont trait à des risques qui surviennent à l'occasion du transfèrement de délinquants, avant leur libération. Puisque, dans certains cas, refuser le transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés dans la *LTID* servirait les objectifs qu'elle vise, le pouvoir discrétionnaire du ministre d'en tenir compte au cas par cas est lié rationnellement aux objectifs visés. De plus, du moins dans certains cas, le ministre n'aura d'autre choix que de refuser le transfèrement sur le fondement des facteurs contestés — ce qui constituera donc la solution la moins attentatoire. À la lumière tant de la nature binaire de la décision du ministre et de l'incarcération du citoyen qui se poursuit, il est difficile de concevoir un moyen moins drastique d'atteindre l'objectif de protection visé par le Parlement. Finalement, les dispositions contestées ont un effet proportionnel. Les effets bénéfiques de l'autorisation donnée au ministre de tenir compte des menaces à la sécurité des Canadiens lorsqu'il est appelé à consentir à un transfèrement sont évidents, et il est pallié à l'effet préjudiciable d'un refus sur la liberté de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger par le fait que les citoyens en question pourront entrer au Canada après avoir purgé leur peine à l'étranger.

Puisque D ne conteste plus le caractère raisonnable de la décision du ministre, il n'est pas nécessaire de décider si le ministre a exercé judicieusement en l'espèce le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LTID*. Cela dit, même si ce pouvoir conféré au ministre est large et souple et qu'il convient d'y accorder une grande déférence compte tenu des problèmes sociaux et politiques complexes en jeu, il doit être exercé en tenant dûment compte des droits en cause protégés par le par. 6(1) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; **distinction d'avec l'arrêt :** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; **arrêts mentionnés :** *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681; *R. c. Gauvin* (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 262; *R. c. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984]

1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

By LeBel and Fish JJ.

Applied: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59, aff'd 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6, 32, 33.
International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 3, 8, 10(1), (2), 11(2), 31.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, ss. 135, 136.
Transfer of Offenders Act, S.C. 1977-78, c. 9.

2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

Citée par les juges LeBel et Fish

Arrêts appliqués : *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59, conf. par 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6, 32, 33.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, ch. 1, art. 135, 136.
Loi sur le transfèrement des délinquants, S.C. 1977-78, ch. 9.
Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 3, 8, 10(1), (2), 11(2), 31.

Treaties and Other International Instruments

- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, arts. 12, 21.
- Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, Can. T.S. 1978 No. 12, arts. II, III, IV.

Authors Cited

- Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, new ed. London: George Allen and Unwin, 1967.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).
- Kesby, Alison. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Laskin, John B. “Mobility Rights under the *Charter*” (1982), 4 S.C.L.R. 89.
- Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London: Sweet & Maxwell, 1962.
- Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany: Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.
- Royce, Sylvia. “International Prisoner Transfer” (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham: LexisNexis, 2008.
- United Nations. Human Rights Committee. “General Comments Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment No. 27 (67), CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 9, November 2, 1999.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienna: United Nations, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Trudel and Mainville J.J.A.), 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, 413 N.R. 134, 267 C.C.C. (3d) 370, 229 C.R.R. (2d) 142, 96 Imm. L.R. (3d) 85, [2011] F.C.J. No. 100 (QL), 2011 CarswellNat 238, affirming a decision of Harrington J., 2009 FC 983, [2009] F.C.J. No. 1158 (QL), 2009 CarswellNat 5283. Appeal dismissed.

Traité et autres instruments internationaux

- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 12, 21.
- Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, R.T. Can. 1978 n° 12, art. II, III, IV.

Doctrine et autres documents cités

- Arendt, Hannah. *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L'impérialisme*, trad. par Martine Leiris. Paris : Fayard, 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).
- Kesby, Alison. *The Right to Have Rights : Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Laskin, John B. « Mobility Rights under the *Charter* » (1982), 4 S.C.L.R. 89.
- Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London : Sweet & Maxwell, 1962.
- Nations Unies. Comité des droits de l'homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 27 (67), CCPR/C/21, rev. 1, add. 9, 2 novembre 1999.
- Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienne : Nations Unies, 2012.
- Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany : Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.
- Royce, Sylvia. « International Prisoner Transfer » (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Trudel et Mainville), 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, 413 N.R. 134, 267 C.C.C. (3d) 370, 229 C.R.R. (2d) 142, 96 Imm. L.R. (3d) 85, [2011] A.C.F. n° 100 (QL), 2011 CarswellNat 238, qui a confirmé une décision du juge Harrington, 2009 CF 983, [2009] A.C.F. n° 1158 (QL), 2009 CarswellNat 3004. Pourvoi rejeté.

Clemente Monterosso and Laurent Carignan, for the appellant.

Ginette Gobeil and Claude Joyal, for the respondent.

Lorne Waldman, Clarisa Waldman and Tamara Morgenthau, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Audrey Macklin and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Gib van Ert, Michael Sobkin and Heather E. Cochran, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Mobility rights are protected by s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These include the right in s. 6(1) of every citizen to enter, remain in, and leave Canada. They are among the most cherished rights of citizenship.

[2] Pierino Divito, a Canadian citizen, was extradited to the United States where he pleaded guilty to serious drug offences and was sentenced to seven and a half years in prison. A few months later, he applied to the Canadian government to let him serve his American sentence in Canada. The Canadian government refused. This refusal, Mr. Divito argued, was a violation of his right as a Canadian citizen to enter Canada.

[3] With respect, I do not share his view that the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* give a Canadian citizen in his circumstances an automatic right to serve a sentence in Canada.

Clemente Monterosso et Laurent Carignan, pour l'appellant.

Ginette Gobeil et Claude Joyal, pour l'intimé.

Lorne Waldman, Clarisa Waldman et Tamara Morgenthau, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Audrey Macklin et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Gib van Ert, Michael Sobkin et Heather E. Cochran, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La liberté de circulation et d'établissement est protégée par l'art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle comprend le droit d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir, que le par. 6(1) garantit à tout citoyen. Ces droits sont parmi les plus prisés de ceux qui découlent de la citoyenneté.

[2] Pierino Divito, un citoyen canadien, a été extradé aux États-Unis où il a plaidé coupable à des infractions graves liées à la drogue et a été condamné à sept ans et demi d'emprisonnement. Quelques mois plus tard, il a présenté une demande au gouvernement canadien afin de pouvoir purger au Canada la peine qui lui a été infligée aux États-Unis. Le gouvernement canadien a refusé sa demande. Selon M. Divito, ce refus constituait une violation de son droit, en tant que citoyen canadien, d'entrer au Canada.

[3] Avec égards, je ne partage pas son point de vue selon lequel la liberté de circulation et d'établissement que garantit le par. 6(1) de la *Charte* confère automatiquement à un citoyen canadien se trouvant dans ce genre de situation le droit de purger une peine au Canada.

Background

[4] Pierino Divito was born in Italy in 1937. He immigrated to Canada when he was 16 and became a Canadian citizen in 1980.

[5] Since his arrival in Canada, Mr. Divito has been convicted of various offences dating back to 1962. In addition, a number of courts have found that Mr. Divito was involved in organized crime: *Divito v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (Que. C.A.), at para. 32; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148 (Que. C.A.), at para. 5; *R. v. Gauvin* (1997), 187 N.B.R. (2d) 262 (C.A.), at paras. 4-5; *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (N.B.Q.B.), at pp. 9-10.

[6] In March 1995, a Canadian court convicted Mr. Divito of conspiring to import and traffic over 5,400 kg of cocaine in Nova Scotia and New Brunswick. The court sentenced Mr. Divito to 18 years in prison. While he was serving his sentence, the United States requested his extradition from Canada on charges of conspiracy to possess over 300 kg of cocaine with the intent to distribute in the state of Florida.

[7] In June 2005, after serving almost two-thirds of his Canadian sentence, Mr. Divito was extradited to the United States where he pleaded guilty in Florida to the American charges. In March 2006, he was sentenced to seven and a half years in prison. In sentencing Mr. Divito, the American court took his Canadian sentence into account and gave him credit for 145 months of time served.

[8] In December 2006, Mr. Divito submitted a request under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), to be transferred to Canada to serve the remainder of his American sentence. Under s. 8 of the *ITOA*, the consent of both the foreign state and the Canadian government are required before an offender can be returned to Canada. Mr. Divito’s request was approved by the United States, but was refused

Contexte

[4] Pierino Divito est né en Italie en 1937. Il a immigré au Canada à l’âge de 16 ans et a obtenu la citoyenneté canadienne en 1980.

[5] Depuis son arrivée au Canada, M. Divito a été reconnu coupable de diverses infractions qui remontent pour certaines à 1962. De plus, divers tribunaux ont conclu que M. Divito était impliqué dans le crime organisé : *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (C.A. Qué.), par. 32; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681 (C.A. Qué.), par. 5; *R. c. Gauvin* (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 262 (C.A.), par. 4-5; *R. c. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (B.R.N.-B.), p. 9-10.

[6] En mars 1995, un tribunal canadien a déclaré M. Divito coupable de complot en vue d’importer plus de 5 400 kg de cocaïne en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et d’en faire le trafic. Le tribunal l’a condamné à 18 ans d’emprisonnement. Pendant qu’il purgeait sa peine, les autorités américaines ont demandé son extradition pour qu’il réponde à des accusations de complot en vue de posséder plus de 300 kg de cocaïne avec l’intention d’en faire le trafic dans l’État de la Floride.

[7] En juin 2005, après avoir purgé près des deux tiers de la peine qui lui avait été infligée au Canada, M. Divito a été extradé aux États-Unis et a plaidé coupable en Floride aux accusations qui y avaient été portées contre lui. En mars 2006, il a été condamné à sept ans et demi d’emprisonnement. Dans la détermination de sa peine, le tribunal américain a tenu compte du temps purgé au Canada et a réduit de 145 mois la durée de son emprisonnement.

[8] En décembre 2006, M. Divito a présenté une demande sous le régime de la *Loi sur le transfert international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), afin d’être transféré au Canada pour purger le reste de la peine qui lui avait été infligée aux États-Unis. Aux termes de l’art. 8 de la *LTID*, le retour au Canada d’un délinquant nécessite le consentement de l’entité étrangère et du gouvernement canadien. Les États-Unis ont

by the Canadian Minister of Public Safety and Emergency Preparedness in October 2007.

[9] Mr. Divito did not challenge the Minister's refusal. Instead, shortly after the first request was refused, he submitted a second transfer request. The American authorities again agreed. And again the Minister denied Mr. Divito's request, relying on s. 10(1)(a) of the *ITOA* because Mr. Divito was identified as an organized crime member and the offence involved a significant quantity of drugs:

The nature of his offence and his affiliations suggest that the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada.

[10] Mr. Divito sought judicial review of the Minister's second refusal on two grounds. The first was that the decision was unreasonable. The second was, essentially, that the existence of a discretion in ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* to refuse to consent to the return of a Canadian in a foreign prison violated his right to enter Canada protected by s. 6(1) of the *Charter*. Once it was confirmed that Mr. Divito was a Canadian citizen, he had the right to enter Canada and the Minister was required to consent to his return.

[11] The Federal Court dismissed the application for judicial review (2009 FC 983 (CanLII)). Applying a reasonableness standard of review, the court concluded that, in light of Mr. Divito's history of criminal activity, the decision of the Minister to deny a transfer in this case was reasonable. The court also held that the impugned provisions of the *ITOA* did not violate s. 6(1).

[12] Mr. Divito appealed only the issue of the constitutionality of the provisions of the *ITOA*, not the reasonableness of the Minister's decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal (2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31). The majority held that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* did not infringe s. 6(1) of the *Charter*. The concurring

approuvé la demande de M. Divito, mais le ministre canadien de la Sécurité publique et de la Protection civile l'a refusée en octobre 2007.

[9] M. Divito n'a pas contesté le refus du ministre. Peu de temps après, il a plutôt déposé une deuxième demande de transfèrement. Les autorités américaines y ont consenti de nouveau, mais le ministre canadien a encore refusé, en se fondant sur l'al. 10(1)a de la *LTID* parce que M. Divito était identifié comme étant un membre du crime organisé et que le délit comprenait une quantité importante de drogues :

La nature du délit ainsi que les affiliations du détenu suggèrent que le retour du délinquant au Canada pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens.

[10] M. Divito a sollicité le contrôle judiciaire de ce deuxième refus pour deux motifs. Le premier, selon lequel la décision était déraisonnable. Et le second, selon lequel, essentiellement, le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* de refuser de consentir au retour d'un Canadien emprisonné à l'étranger violait son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*. Selon M. Divito, une fois sa citoyenneté canadienne établie, il avait le droit d'entrer au Canada et le ministre devait consentir à son retour.

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire (2009 CF 983 (CanLII)). En appliquant la norme de contrôle du caractère raisonnable, la cour a conclu que, compte tenu des antécédents d'activités criminelles de M. Divito, la décision du ministre de refuser un transfèrement en l'espèce était raisonnable. La cour a aussi conclu que les dispositions contestées de la *LTID* ne violaient pas le par. 6(1).

[12] M. Divito a interjeté appel à l'égard de la question de la constitutionnalité des dispositions de la *LTID*, et non à l'égard du caractère raisonnable de la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel (2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31). Les juges majoritaires ont conclu que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* ne violent pas

judge found that the impugned provisions constituted *prima facie* infringements of s. 6(1) of the *Charter* but were justified under s. 1.

[13] On appeal to this Court, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

- (1) Do ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Analysis

[14] Mr. Divito claims that once a foreign jurisdiction consents to a transfer, he has an absolute right as a citizen to enter Canada. The Canadian government has no discretion to refuse the transfer of a Canadian citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state. In this Court, he is not challenging the reasonableness of the Minister's refusal. Nor is there any suggestion that he was denied due process or that there were any human rights abuses in the foreign jurisdiction.

[15] It is helpful to start with the context of the provisions at issue under both the *Charter* and the *ITOA*.

[16] Section 6 of the *Charter* states:

MOBILITY RIGHTS

Mobility of citizens

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

le par. 6(1) de la *Charte*. Le juge qui a rédigé une opinion concourante a conclu que les dispositions contestées constituaient des atteintes *prima facie* au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, mais qu'elles étaient justifiées au sens de l'article premier.

[13] Dans le présent pourvoi, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

- (1) Les alinéas 10(1)a) et 10(2)a), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Analyse

[14] Selon M. Divito, dès que le pays étranger consent à son transfèrement, il a le droit absolu, en tant que citoyen, d'entrer au Canada. Le gouvernement canadien n'aurait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien incarcéré légalement dans un pays étranger. Devant la Cour, il ne conteste pas le caractère raisonnable du refus du ministre et il ne prétend pas non plus qu'on lui a refusé l'application régulière de la loi ou qu'il y a eu atteinte aux droits de la personne dans le pays étranger.

[15] Il est utile de commencer par le contexte des dispositions de la *Charte* et de la *LTID* en cause.

[16] L'article 6 de la *Charte* est libellé comme suit :

LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT

Liberté de circulation

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

Rights to move and gain livelihood

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

Limitation

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

Affirmative action programs

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

[17] There are therefore two sets of mobility rights. The first set, found in s. 6(1), is the right of every Canadian citizen to enter, remain in, and leave Canada. The second set, outlined in s. 6(2) to (4), gives citizens *and* permanent residents the right to move to, live in, and work in any province subject to certain limitations.

[18] The focus of this appeal is on s. 6(1). There are three rights found in s. 6(1): the right to enter, remain in, and leave Canada. Only the right to enter is at issue in this appeal.

[19] We must first consider the scope of the s. 6(1) right. We start with this Court's primordial

Liberté d'établissement

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

Restriction

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

Programmes de promotion sociale

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

[17] La liberté de circulation et d'établissement comprend donc deux catégories de droits. La première, dont il est question au par. 6(1), vise le droit de tout citoyen canadien d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. La deuxième, énoncée aux par. 6(2) à (4), donne, aux citoyens *et* aux personnes ayant le statut de résident permanent, le droit de se déplacer, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, sous réserve de certaines limites.

[18] C'est le par. 6(1) qui est au cœur du présent pourvoi. Ce paragraphe garantit trois droits : le droit d'entrer au Canada, celui d'y demeurer et celui d'en sortir. Seul le droit d'entrer est en cause dans le présent pourvoi.

[19] Nous devons d'abord examiner la portée du droit conféré par le par. 6(1). Commençons avec

direction that rights be defined generously in light of the interests the *Charter* was intended to protect: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53. In *Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. summarized the requisite approach as follows:

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; *it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.*

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. *At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the Charter was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 344.]

[20] Accordingly, the inquiry necessarily begins with an analysis of the purpose of the guarantee in s. 6(1) and a consideration of what the right of citizens to enter Canada was intended to protect.

[21] The protection for citizens in s. 6(1), like most modern human rights protections, had its origins in the cataclysmic rights violations of WWII. Writing in the aftermath of that war about her own

la directive primordiale de la Cour selon laquelle les droits doivent être interprétés généreusement, en fonction des intérêts que la *Charte* visait à protéger : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53. Dans *Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson a résumé la méthode d'analyse à adopter de la façon suivante :

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; *en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.*

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. *En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Italiques ajoutés; soulignement dans l'original omis; p. 344.]

[20] Par conséquent, l'examen doit débiter par une analyse de l'objet de la garantie prévue au par. 6(1) et par une analyse de ce que le droit des citoyens d'entrer au Canada visait à protéger.

[21] La protection prévue au par. 6(1), comme la plupart des protections modernes en matière de droits de la personne, tire ses origines des violations cataclysmiques des droits pendant la Seconde

experience, Hannah Arendt observed that a “right to have rights” flows from citizenship and belonging to a distinct national community: *The Origins of Totalitarianism* (new ed. 1967), at p. 296; Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (2012), at p. 5. Without the ability to enter one’s country of citizenship, the “right to have rights” cannot be fully exercised. The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is therefore a fundamental right associated with citizenship.

[22] Canada’s international obligations and relevant principles of international law are also instructive in defining the right: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J., dissenting, described the template for considering the international legal context as follows:

The content of Canada’s international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of “the full benefit of the *Charter*’s protection”. I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified. [p. 349]

[23] More recently, in *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, McLachlin C.J. and LeBel J. confirmed that, “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified” (para. 70). This helps frame the interpretive scope of s. 6(1).

Guerre mondiale. Écrivant sur sa propre expérience de cette guerre, Hannah Arendt a fait remarquer que le « droit d’avoir des droits » découle de la citoyenneté et de l’appartenance à une communauté nationale distincte : *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L’impérialisme* (1982), p. 281; Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (2012), p. 5. Sans la possibilité d’entrer dans son pays de citoyenneté, le « droit d’avoir des droits » ne peut pas être pleinement exercé. Le droit d’un citoyen canadien d’entrer au Canada et d’y demeurer est donc un droit fondamental lié à la citoyenneté.

[22] Les obligations internationales du Canada et les principes de droit international pertinents sont aussi instructifs lorsque vient le temps de définir le droit : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, dissident, a décrit de la façon suivante le cadre d’analyse du contexte juridique international :

Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l’expression « bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Je crois qu’il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu’offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne. [p. 349]

[23] Plus récemment, dans *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel ont confirmé qu’« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne » (par. 70). Cela aide à circonscrire l’interprétation qu’il convient de donner au par. 6(1).

[24] The international law inspiration for s. 6(1) of the *Charter* is generally considered to be art. 12 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), which has been ratified by 167 states, including Canada: John B. Laskin, “Mobility Rights under the *Charter*” (1982), 4 *S.C.L.R.* 89, at p. 89; Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2009), at p. 212.

[25] As a treaty to which Canada is a signatory, the ICCPR is binding. As a result, the rights protected by the ICCPR provide a minimum level of protection in interpreting the mobility rights under the *Charter*. Article 12 of the ICCPR states:

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. *No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.*

[26] In 1999, the U.N. Human Rights Committee issued guidelines for the interpretation of art. 12 of the ICCPR in its “General Comment No. 27: Freedom of Movement”. Paragraph 19 of the General Comment states, in part, that “[t]he right of a person to enter his or her own country recognizes the special relationship of a person to that country”. The General Comment also provides some guidance on the interpretation of “arbitrarily” in art. 12(4):

In no case may a person be *arbitrarily deprived* of the right to enter his or her own country. The reference to

[24] On considère habituellement que le par. 6(1) de la *Charte* s’inspire, en droit international, de l’art. 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47 (« PIDCP »), qui a été ratifié par 167 pays, dont le Canada : John B. Laskin, « Mobility Rights under the *Charter* » (1982), 4 *S.C.L.R.* 89, p. 89; Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (4^e éd. 2009), p. 212.

[25] S’agissant d’un traité dont le Canada est signataire, le PIDCP lie les parties. Par conséquent, les droits qu’il protège énoncent un niveau minimal de protection dont il faut tenir compte dans l’interprétation du droit de circulation et d’établissement prévu dans la *Charte*. L’article 12 du PIDCP est ainsi libellé :

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d’un État a le droit d’y circuler librement et d’y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n’importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l’objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l’ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d’autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. *Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d’entrer dans son propre pays.*

[26] En 1999, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a publié des lignes directrices quant à l’interprétation de l’art. 12 du PIDCP dans le document intitulé « Observation générale n° 27 : Liberté de circulation ». Au paragraphe 19, il est notamment indiqué que « [l]e droit d’une personne d’entrer dans son propre pays reconnaît l’existence d’une relation spéciale de l’individu à l’égard du pays concerné ». L’observation générale donne également certaines précisions sur la manière d’interpréter la notion d’« arbitraire » évoquée au par. 12(4) :

En aucun cas un individu ne peut être *privé arbitrairement* du droit d’entrer dans son propre pays. La notion

the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State action, legislative, administrative and judicial; it guarantees that even interference provided for by law *should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances. The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable. A State party must not, by stripping a person of nationality or by expelling an individual to a third country, arbitrarily prevent this person from returning to his or her own country.* [Emphasis added; para. 21.]

[27] Although art. 12(4) protects against *arbitrary* interference with the right to enter, the U.N. Human Rights Committee's interpretation of the scope of the right suggests that there are in fact "few, if any" limitations on the right to enter that would be considered reasonable. The right to enter protected by s. 6(1) of the *Charter* should therefore be interpreted in a way that is consistent with the broad protection under international law.

[28] The expansive breadth of the protection is also consistent with the fact that s. 6(1) of the *Charter* is exempt from the legislative override in s. 33: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 11. Moreover, the other rights conferred by s. 6 of the *Charter* in s. 6(2) are subject to express limitations within the provision itself in ss. 6(3) and 6(4). The fact that s. 6(1) is not subject to such limitations also confirms its plenitude.

[29] And, finally in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, a case involving extradition, this Court recognized that the "intimate relation between a citizen and his country" invited a generous interpretation of a related right in s. 6(1), namely the right to remain in Canada (p. 1480).

[30] This brings us to the provisions dealing with the international transfer of prisoners.

d'arbitraire est évoquée dans ce contexte dans le but de souligner qu'elle s'applique à toutes les mesures prises par l'État, au niveau législatif, administratif et judiciaire; l'objet est de garantir que même une immixtion prévue par la loi *soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Le Comité considère que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares.* Les États parties ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays. [Italiques ajoutés; par. 21.]

[27] Bien que le par. 12(4) garantisse qu'il n'y ait pas d'immixtion *arbitraire* dans le droit d'entrer, l'interprétation que fait le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de la portée du droit donne à penser que, dans les faits, les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son pays pourrait être considérée comme raisonnable, « s'ils existent, sont rares ». Le droit d'entrer au Canada protégé par le par. 6(1) de la *Charte* devrait donc être interprété d'une manière qui soit compatible avec la protection générale conférée par le droit international.

[28] La portée étendue de la protection est aussi compatible avec le fait que le par. 6(1) de la *Charte* est soustrait à l'application de l'art. 33 : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 11. De plus, les autres droits conférés par l'art. 6 de la *Charte*, plus précisément au par. 6(2), sont assujettis à des restrictions expresses prévues dans la disposition comme telle, aux par. 6(3) et 6(4). Le fait que le par. 6(1) ne soit pas assujetti à ces restrictions confirme aussi sa plénitude.

[29] Enfin, dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, une affaire d'extradition, la Cour a reconnu que le « rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays » commande une interprétation libérale d'un droit connexe énoncé au par. 6(1), à savoir le droit de demeurer au Canada (p. 1480).

[30] Ce qui nous amène aux dispositions portant sur le transfèrement international des détenus.

[31] In 1977, Canada and the United States signed the *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, Can. T.S. 1978 No. 12, a bilateral treaty to facilitate international prisoner transfer between Canada and the United States. Under the treaty, offenders sentenced to imprisonment in either country may be transferred to the country of which they are a citizen if the sending state, the receiving state, and the offender all provide their consent.

[32] The application of the treaty is subject to a number of conditions set out in art. II: that the offence for which the offender was convicted and sentenced is one which would also be punishable as a crime in the receiving state; that the offender is a citizen of the receiving state; that the offence is not an offence under immigration laws or military laws; that there is at least six months of the offender's sentence remaining to be served; and that no proceeding by way of an appeal or collateral attack upon the conviction or sentence is pending in the sending state and the prescribed time for an appeal has expired.

[33] Under art. IV of the treaty, the completion of a transferred offender's sentence is to be carried out according to the laws and procedures of the receiving country, including the application of any provisions for reduction of the term of imprisonment by parole, conditional release, or otherwise.

[34] Pursuant to art. III of the treaty, both Canada and the United States made a commitment to giving legal effect to the treaty within their territory. Accordingly, in 1978, Parliament adopted the *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9, which implemented the treaty with the United States as well as a similar treaty with Mexico. Under this legislation, the Minister was granted an unfettered discretion to approve or refuse the transfer of a Canadian citizen. Canada has since concluded numerous bilateral and multilateral treaties dealing with international prisoner transfers.

[31] En 1977, le Canada et les États-Unis ont signé le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, R.T. Can. 1978 n° 12, un traité bilatéral visant à faciliter le transfèrement international des détenus entre le Canada et les États-Unis. Aux termes de ce traité, les délinquants condamnés à l'emprisonnement dans l'un de ces pays peuvent être transférés dans leur pays de citoyenneté si le pays d'origine, le pays d'accueil et le délinquant visé sont d'accord.

[32] Le traité s'applique sous réserve de certaines conditions énoncées à l'art. II : que l'infraction pour laquelle le délinquant a été déclaré coupable et condamné en soit une qui serait aussi punissable dans le pays d'accueil; que le délinquant soit un citoyen du pays d'accueil; que l'infraction n'en soit pas une aux termes des lois sur l'immigration ou des lois militaires; que le délinquant ait encore au moins six mois de peine à subir; et qu'aucune procédure sur la déclaration de culpabilité ou la peine du délinquant entamée par voie d'appel ou de moyen indirect (*collateral attack*) ne soit en suspens dans le pays d'origine et que le délai d'appel de la déclaration de culpabilité ou de la peine du délinquant soit expiré.

[33] Aux termes de l'art. IV du traité, l'exécution de la peine d'un délinquant transféré s'effectue selon les lois et règles du pays d'accueil, y compris toutes dispositions de réduction de la durée d'emprisonnement par une libération conditionnelle, une libération sous condition ou autrement.

[34] En vertu de l'art. III du traité, le Canada et les États-Unis se sont engagés à donner effet juridique au traité sur leur territoire. Par conséquent, en 1978, le législateur a adopté la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, ch. 9, qui assurait la mise en œuvre du traité avec les États-Unis ainsi que d'un traité semblable conclu avec le Mexique. Cette loi a conféré au ministre un pouvoir discrétionnaire absolu d'accepter ou de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien. Depuis, le Canada a conclu un grand nombre de traités bilatéraux et multilatéraux concernant le transfèrement international des détenus.

[35] In 2004, the *Transfer of Offenders Act* was replaced by the *ITOA*. The purpose of the *ITOA* was set out in s. 3 as being:

. . . to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.

[36] The *ITOA* included several important modifications of the legislative scheme, namely new provisions setting out the purposes of the legislation and a requirement that reasons be provided when the Minister's consent is refused (s. 11(2)). Notably, a section was added that listed the factors which the Minister must consider in determining whether to consent to the transfer of Canadian and foreign offenders.¹

[37] The relevant provisions of the *ITOA* are ss. 8(1) and 10(1) and (2). At the time of Mr. Divito's request, they stated:

8. (1) *The consent of the three parties to a transfer — the offender, the foreign entity and Canada — is required.*

. . . .

10. (1) *In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:*

(a) *whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;*

(b) *whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;*

¹ In 2012, the *ITOA* was further amended, including the addition of "enhanc[ing] public safety" as one of the purposes of the Act, by changing "shall" to "may" in ss. 10(1) and 10(2), and by adding factors for the Minister to consider in exercising his or her discretion under ss. 10(1) and 10(2). These amendments were not in force at the time of Mr. Divito's transfer request.

[35] En 2004, la *Loi sur le transfèrement des délinquants* a été remplacée par la *LTID*, dont l'objet est énoncé à l'art. 3 :

. . . de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux.

[36] La *LTID* comprend plusieurs changements importants au régime législatif. Elle comporte notamment de nouvelles dispositions établissant l'objet de la loi ainsi qu'une exigence selon laquelle le refus de consentement de la part du ministre doit être motivé (par. 11(2)). Il convient de souligner qu'un article a été ajouté en vue d'énumérer les facteurs dont le ministre doit tenir compte pour décider s'il consent ou non au transfèrement des délinquants canadiens ou étrangers¹.

[37] Les dispositions pertinentes de la *LTID* sont les par. 8(1), 10(1) et (2). Au moment de la demande de M. Divito, elles étaient ainsi libellées :

8. (1) *Le transfèrement nécessite le consentement des trois parties en cause, soit le délinquant, l'entité étrangère et le Canada.*

. . . .

10. (1) *Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :*

a) *le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;*

b) *le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;*

¹ En 2012, la *LTID* a été de nouveau modifiée. Un des objets de la Loi consiste depuis à « renforcer la sécurité publique ». Aux par. 10(1) et 10(2), le verbe est passé de « tient compte » à « peut tenir compte » et des facteurs dont le ministre doit tenir compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les par. 10(1) et 10(2) ont été ajoutés. Ces modifications n'étaient pas en vigueur au moment de la demande de transfèrement de M. Divito.

(c) whether the offender has social or family ties in Canada; and

(d) whether the foreign entity or its prison system presents a serious threat to the offender's security or human rights.

(2) *In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:*

(a) *whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the Criminal Code; and*

(b) whether the offender was previously transferred under this Act or the *Transfer of Offenders Act*, chapter T-15 of the Revised Statutes of Canada, 1985.

[38] Only ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a), which have been italicized for ease of reference, have been challenged by Mr. Divito. The essence of the challenge is that these provisions operate in a way that violates Mr. Divito's right to enter Canada under s. 6(1) of the *Charter*, a right he says is automatic once the foreign jurisdiction consents to the transfer.

[39] These provisions provide the Minister with a discretion whether to consent to the transfer of a Canadian offender. Mr. Divito argues that there should be no discretion — once an incarcerated citizen's transfer is consented to by a foreign jurisdiction, the citizen's right to enter under s. 6(1) of the *Charter* requires that the Minister consent. In essence, Mr. Divito argues that s. 6(1) includes an automatic right to serve a foreign prison sentence in Canada if the foreign state consents. His submission would result in a positive obligation on Canada to administer the sentences imposed upon Canadian citizens by foreign jurisdictions. This, in my respectful view, misconstrues what s. 6(1) protects.

[40] In international law, requiring the return of an offender to his or her home state infringes the

c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;

d) l'entité étrangère ou son système carcéral constitue une menace sérieuse pour la sécurité du délinquant ou ses droits de la personne.

(2) *Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :*

a) *à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du Code criminel;*

b) le délinquant a déjà été transféré en vertu de la présente loi ou de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, chapitre T-15 des Lois révisées du Canada (1985).

[38] Seuls les par. 8(1) et al. 10(1)a) et 10(2)a) — qui sont en italique pour plus de commodité — ont été contestés par M. Divito, essentiellement parce qu'il estime qu'ils ont pour effet de violer son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, un droit qui, selon lui, s'applique automatiquement dès que le pays étranger consent au transfèrement.

[39] Ces dispositions confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non au transfèrement d'un délinquant canadien. Or, d'après M. Divito, le ministre ne devrait pas jouir de ce pouvoir discrétionnaire puisque, une fois que le pays étranger a consenti au transfèrement du citoyen détenu, le droit de ce citoyen d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte* exige le consentement du ministre. Donc, essentiellement, M. Divito prétend que le par. 6(1) confère le droit automatique de purger au Canada une peine infligée à l'étranger si le pays étranger y consent. Si tel était le cas, le Canada aurait donc l'obligation de prendre en charge l'exécution des peines infligées aux citoyens canadiens par des pays étrangers. Avec égards, cela constitue une interprétation erronée des droits protégés par le par. 6(1).

[40] En droit international, exiger le retour d'un délinquant dans son pays d'origine va à l'encontre

doctrine of state sovereignty: it violates the territoriality of the criminal law and the exclusive right of the state to administer criminal justice: Michal Plachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* (1993), at pp. 134-49; United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* (2012), at pp. 14 and 17. Accordingly, prior to the implementation of bilateral and multilateral treaties for the transfer of prisoners, “[i]t was firmly believed that States had the authority to enforce the criminal sentences of their own courts only, making it impossible for them to enforce the sentences of other States” (p. 17). In other words, as a matter of international law, Canada has no legal authority to *require* the return of a citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state.

[41] The question then becomes what effect the *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences* and the *ITOA* have on an imprisoned citizen’s ability to enter Canada for the purpose of serving his or her sentence in Canada.

[42] The *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences* and other similar treaties were entered into to facilitate the return of offenders serving a penal sentence in a foreign country in order to permit them to serve the remainder of their sentence in their home country. The purpose of these treaties was to promote the social rehabilitation and reintegration of prisoners by permitting offenders imprisoned in a foreign jurisdiction to serve their sentence in their home country closer to their families and where the culture, language and customs would be more familiar: United Nations Office on Drugs and Crime, at pp. 9-15; Sylvia Royce, “International Prisoner Transfer” (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186, at p. 186.

[43] Underlying the creation of these treaties was the understanding that, absent a treaty, Canada was without a meaningful legal mechanism to administer the sentences imposed upon Canadian citizens

du principe de la souveraineté de l’État : cela porte atteinte au principe de la territorialité en droit pénal et au droit exclusif de l’État d’administrer la justice criminelle : Michal Plachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* (1993), p. 134-149; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* (2012), p. 14 et 17. Par conséquent, avant la mise en œuvre des traités bilatéraux et multilatéraux quant au transfèrement des détenus, [TRADUCTION] « [I]es gens croyaient fermement qu’un pays pouvait exécuter uniquement les peines criminelles infligées par ses propres tribunaux, de sorte qu’il lui était impossible d’exécuter les peines infligées par d’autres pays » (p. 17). Autrement dit, en droit international, le Canada n’a pas le pouvoir légal d’exiger le retour d’un citoyen qui est légalement détenu par un pays étranger.

[41] Il s’agit donc de mesurer l’effet du *Traité entre le Canada et les États-Unis d’Amérique sur l’exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* et celui de la *LTID* sur la capacité d’un citoyen emprisonné à l’étranger d’entrer au Canada dans le but d’y purger sa peine.

[42] Le *Traité entre le Canada et les États-Unis d’Amérique sur l’exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* et d’autres traités semblables ont été conclus dans le but de faciliter le retour des délinquants qui purgent une peine dans un pays étranger afin qu’ils puissent en purger le reste dans leur pays d’origine. Ces traités visaient à favoriser la réadaptation et la réinsertion sociale des détenus en permettant aux délinquants emprisonnés à l’étranger de purger leur peine dans leur pays d’origine, plus près de leur famille, et dans un endroit où la culture, la langue et les coutumes leur sont plus familières : Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, p. 9-15; Sylvia Royce, « International Prisoner Transfer » (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186, p. 186.

[43] Ces traités avaient été conçus sur le fondement du fait que, sans eux, le Canada ne disposait d’aucun mécanisme juridique utile lui permettant de prendre en charge les peines infligées à des

who are lawfully incarcerated in a foreign state.² The *ITOA* and the treaties it implements provide a statutory mechanism to transfer the supervision of a prison sentence from a foreign jurisdiction to Canada.

[44] The *ITOA* requires the consent of the foreign jurisdiction since, as a matter of international law, Canada has no meaningful legal authority to *require* the return of an imprisoned citizen. As the provisions of the treaty make clear, the consent of the foreign state to transfer an offender is premised on Canada undertaking to administer the offender's foreign sentence. The *ITOA* and the treaties which it implements therefore provide an exception to the doctrine of state sovereignty in international law: a statutory mechanism under which Canada may, in certain circumstances, assume legal obligations towards a foreign state. The *ITOA* was not intended to create a right for Canadian citizens to *require* Canada to administer their foreign sentence.

[45] The ability of prisoners to serve their sentence in Canada is therefore a creation of legislation. Independent of the *ITOA*, there is no right to serve a foreign prison sentence in Canada. In my view, although the *ITOA* contemplates a mechanism by which a citizen may return to Canada in the limited context of continuing incarceration for the purpose of serving their foreign sentence, s. 6(1) does not confer a right on Canadian citizens to serve their foreign sentences in Canada.

[46] Nor is *Cotroni* of assistance. La Forest J. noted for the majority that “the central thrust of s. 6(1) is against exile and banishment, the purpose of which is the exclusion of membership in the national community. While I would not wish to trivialize the effects of extradition on the individual, it is clear that extradition is not directed to

citoyens canadiens légalement incarcérés dans un pays étranger². La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient un mécanisme législatif permettant de transférer la surveillance de l'exécution d'une peine d'un pays étranger au Canada.

[44] La *LTID* exige le consentement du pays étranger puisque, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'*exiger* le retour d'un citoyen emprisonné. Comme il ressort clairement du traité, le consentement du pays étranger pour transférer un délinquant repose sur le fait que le Canada s'engage à prendre en charge la peine du délinquant. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient donc une exception au principe de la souveraineté de l'État en droit international : un mécanisme législatif permettant au Canada, dans certaines circonstances, d'assumer des obligations légales envers un pays étranger. Ainsi, la *LTID* ne visait pas à créer un droit pour les citoyens canadiens d'*exiger* que le Canada prenne en charge leur peine.

[45] La capacité d'un détenu de purger sa peine au Canada est donc une création de la loi. Indépendamment de la *LTID*, il n'existe aucun droit de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger. À mon avis, bien que la *LTID* permette à un citoyen de retourner au Canada dans ce but, dans le contexte restreint du maintien en détention, le par. 6(1) ne confère pas aux citoyens canadiens le droit de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger.

[46] *Cotroni* n'est pas utile non plus. Le juge La Forest a souligné au nom des juges majoritaires que « [t]out comme les documents internationaux et constitutionnels que j'ai mentionnés, le par. 6(1) vise à protéger contre l'exil et le bannissement qui ont pour objet l'exclusion de la participation à la communauté nationale. Je ne veux pas minimiser

² There is also a discretion in s. 31 of the *ITOA* for the Minister to allow the Minister of Foreign Affairs to enter into an “administrative arrangement” with a foreign country for the transfer of an offender in accordance with the *ITOA* where no treaty mechanism exists.

² L'article 31 de la *LTID* confère aussi au ministre le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le ministre des Affaires étrangères à conclure avec un pays étranger une « entente administrative » sur le transfèrement d'un délinquant en conformité avec la loi, si aucun traité n'est applicable.

the purpose” (p. 1482). Notably, he also made the following particularly relevant concession:

. . . it seems to me . . . that the infringement to s. 6(1) that results from extradition *lies at the outer edges of the core values sought to be protected by that provision*. European authorities . . . make a sharp distinction between expulsion and extradition . . . [Emphasis added; p. 1481.]

[47] In the case of extradition, the Canadian government permits the removal from Canada of a Canadian citizen who has not been convicted, to face charges in a foreign jurisdiction. Yet *Cotroni* found this to be only at the outer edges of the s. 6(1) right. In the case of a prisoner transfer, the Canadian citizen has been convicted in a foreign jurisdiction, is lawfully incarcerated there, and is seeking the Canadian government’s permission to serve his or her foreign sentence in Canada. If the forcible removal of a presumed innocent Canadian citizen by extradition is at the *outer* edges of the core values sought to be protected by s. 6(1), the request of a convicted one to serve a foreign sentence in Canada falls off the edge. I have difficulty seeing how legislative provisions which facilitate the possibility of re-entry for a Canadian citizen lawfully convicted in a foreign jurisdiction, are analogous to the forced removal of a Canadian citizen by the state.

[48] The mobility rights in s. 6(1) should be construed generously, not literally, and, absent a literal interpretation, I am unable to see how s. 6(1) is breached in the circumstances of this case. Canadian citizens undoubtedly have a right to enter Canada, but Canadian citizens who are lawfully incarcerated in a foreign jurisdiction cannot leave their prison, let alone leave to come to Canada. What makes the entry to Canada possible is the *ITOA*. But this possibility does not thereby create a constitutionally protected right to leave a foreign prison and enter Canada whenever a foreign jurisdiction consents to the transfer. Nor does it impose a duty on the Canadian government to permit all such citizens to serve

les effets de l’extradition sur l’individu, mais il est évident que l’extradition ne vise pas cet objet » (p. 1482). Il importe de le noter, il a aussi fait la concession particulièrement pertinente qui suit :

. . . il me semble [. . .] que la violation du par. 6(1) qui résulte de l’extradition *se situe à la limite des valeurs fondamentales que cette disposition cherche à protéger*. Les autorités européennes [. . .] établissent une distinction nette entre l’expulsion et l’extradition . . . [Italiques ajoutés; p. 1481.]

[47] Dans le cas de l’extradition, le gouvernement canadien autorise le renvoi d’un citoyen canadien qui se trouve au Canada et qui n’a pas été déclaré coupable pour qu’il fasse face à des accusations dans un pays étranger. Or, selon *Cotroni*, cette situation ne se trouve qu’à la limite du droit visé au par. 6(1). Dans le cas du transfèrement d’un prisonnier, le citoyen canadien a été déclaré coupable dans un pays étranger, il y est incarcéré légalement, et il sollicite la permission du gouvernement canadien pour être autorisé à purger au Canada cette peine infligée à l’étranger. Si le renvoi forcé par extradition d’un citoyen canadien présumé innocent se situe à la *limite* des valeurs fondamentales que vise à protéger le par. 6(1), la demande de celui qui est déclaré coupable pour purger au Canada une peine infligée à l’étranger bascule au-delà de la limite. J’ai de la difficulté à concevoir comment des dispositions législatives qui facilitent la possibilité du retour d’un citoyen canadien condamné légalement dans un pays étranger pourraient être analogues au renvoi forcé d’un citoyen canadien par l’État.

[48] La liberté de circulation et d’établissement que garantit le par. 6(1) devrait être interprétée généreusement, non littéralement. Or, à moins d’une interprétation littérale, je ne vois pas comment il y a violation du par. 6(1) dans les circonstances de la présente cause. Les citoyens canadiens ont sans aucun doute le droit d’entrer au Canada, mais ceux qui sont légalement incarcérés dans un pays étranger ne peuvent pas quitter la prison, encore moins venir au Canada. C’est la *LTID* qui leur permet d’entrer au Canada. Cette loi ne crée pas pour autant un droit constitutionnellement protégé de quitter une prison étrangère et d’entrer au Canada dès que l’entité étrangère consent au transfèrement. Elle

their foreign sentences in Canada. The impugned provisions of the *ITOA*, which make a transfer possible do not, as a result, represent a breach of s. 6(1).

[49] What is engaged by these provisions, however, is the discretion of the Minister. As this Court noted in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 114, “[i]f there is a *Charter* problem, it lies not in the statute but in the Minister’s exercise of the power the statute gives him”. At its core, Mr. Divito’s argument that the Minister *must* consent to the transfer of a Canadian citizen once a foreign state has provided its consent calls into constitutional question not the impugned provisions, but the way the discretion is exercised. This calls for scrutiny of the reasonableness of the exercise of discretion, an issue Mr. Divito has not appealed to this Court. Notwithstanding that we have not been asked to review the reasonableness of the Minister’s decision in this case, there is no doubt that once a foreign jurisdiction consents to a transfer under s. 8(1) of the *ITOA*, the Minister’s discretion under ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) is fully engaged and must be exercised reasonably, including in compliance with relevant *Charter* values: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395. As this Court explained in *Doré*, “[o]n judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play” (para. 57).

[50] A final issue: the Crown argued that the appeal was moot because Mr. Divito completed

n’oblige pas non plus le gouvernement canadien à permettre à tous ses citoyens de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l’étranger. Les dispositions contestées de la *LTID*, qui rendent un transfèrement possible, ne constituent donc pas une violation du par. 6(1).

[49] Le pouvoir discrétionnaire du ministre, lui, est cependant touché par ces dispositions. Comme la Cour l’a souligné dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 114, « [s]’il y a un problème lié à la *Charte*, il ne réside pas dans la loi, mais dans l’exercice par le ministre de son pouvoir légal ». Essentiellement, l’argument de M. Divito — selon lequel le ministre *doit* consentir au transfèrement d’un citoyen canadien si le pays étranger y consent — remet en question, sur le plan constitutionnel, non pas les dispositions contestées, mais la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Il faut donc examiner le caractère raisonnable de l’exercice de ce pouvoir, une question que M. Divito n’a pas portée en appel devant la Cour. Bien que nous ne soyons pas appelés à examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre, en l’espèce, il ne fait aucun doute que, une fois que le pays étranger consent au transfèrement en application du par. 8(1) de la *LTID*, le pouvoir conféré au ministre par les al. 10(1)a) et 10(2)a) est entièrement applicable et doit être exercé de manière raisonnable, y compris de manière à respecter les valeurs pertinentes de la *Charte* : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Doré*, « [d]ans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » (par. 57).

[50] Une dernière question : le ministère public a affirmé que l’appel était théorique parce que

his American sentence. He has now returned to Canada and completed the balance of his Canadian sentence.

[51] The Court nonetheless retains a residual discretion to decide the merits of a moot appeal if the issues raised are of public importance: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 2. In my view, this is such a case. The issues are likely to recur in the future and there is some uncertainty resulting from conflicting decisions in the Federal Court.

[52] I would therefore dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

- (1) Do ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

- (2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

I. Introduction

[53] We have had the benefit of reading the reasons of our colleague, Justice Abella, and agree with her proposed disposition of this appeal. With respect, however, we cannot share her conclusion that the appellant's mobility rights are not engaged in the case at bar.

M. Divito avait purgé la peine prononcée aux États-Unis. Il est revenu au Canada et a purgé le reste de la peine que le Canada lui avait infligée.

[51] La Cour conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire de statuer sur le bien-fondé d'un appel théorique si les questions soulevées revêtent une importance pour le public : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 2. À mon avis, c'est le cas en l'espèce. Les questions peuvent être de nouveau soulevées à l'avenir et une certaine incertitude découle de décisions contradictoires rendues par la Cour fédérale.

[52] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

- (1) Les alinéas 10(1)a) et 10(2)a), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

- (2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel et Fish rendus par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

I. Introduction

[53] Nous avons pris connaissance des motifs de notre collègue, la juge Abella, et nous souscrivons au dispositif qu'elle propose pour le présent pourvoi. Avec égard, nous ne partageons toutefois pas sa conclusion selon laquelle la liberté de circulation et d'établissement dont jouit l'appelant n'est pas en cause en l'espèce.

[54] In our view, when the Minister’s refusal of consent constitutes the sole impediment to a Canadian citizen’s entry into Canada, this refusal limits the citizen’s right to enter Canada guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For that reason and the reasons that follow, we find that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*. We are satisfied, however, that this limitation is justified under s. 1.

[55] We adopt our colleague’s summary of the facts and thorough review of the legislative history of the *ITOA* and the treaties it implements. We also subscribe to her conclusion in respect of the mootness argument raised by the Crown. Finally, we share our colleague’s view (at paras. 27-29) that s. 6(1) should be interpreted generously, in a manner that is consistent with the broad protection of mobility rights under international law and which gives full effect to the provision’s “expansive breadth” and “plenitude”. In this regard, see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1480; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156.

[56] In the two leading cases on s. 6(1) of the *Charter* — *Cotroni and Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609 — this Court found the “core” of s. 6(1) to be a protection against exile and banishment, or “exclusion of membership in the national community”: *Cotroni*, at pp. 1481-82; *Sriskandarajah*, at para. 9.

II. Section 6(1) of the Charter: Its Core

[57] The Court thus read the s. 6(1) rights to “enter” and “remain in” Canada together. Indeed, in considering the extent to which s. 6(1) mobility rights are infringed by extradition, the Court

[54] À notre avis, lorsque seul le refus du ministre empêche l’entrée d’un citoyen canadien au Canada, ce refus restreint le droit de ce dernier que garantit le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d’entrer au pays. Pour cette raison et pour les motifs qui suivent, nous concluons que le par. 8(1) ainsi que les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), constituent une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*. Nous sommes toutefois convaincus que cette limite est justifiée au sens de l’article premier.

[55] Nous faisons nôtres le résumé des faits de notre collègue ainsi que son examen exhaustif de l’historique législatif de la *LTID* et des traités qu’elle met en œuvre. Nous souscrivons aussi à sa conclusion quant à l’argument soulevé par le ministère public relativement au caractère théorique du pourvoi. Enfin, nous partageons le point de vue exprimé par notre collègue (aux par. 27-29) selon lequel il faut interpréter généreusement le par. 6(1), d’une manière qui soit cohérente avec la protection large que confère le droit international à la liberté de circulation et qui donne plein effet à la « portée étendue » et à la « plénitude » de la disposition. À cet égard, voir *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1480; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; et *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156.

[56] Dans les deux arrêts de principe portant sur le par. 6(1) de la *Charte* — *Cotroni et Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609 —, la Cour a conclu que le par. 6(1) vise « fondamentalement » à protéger contre l’exil et le bannissement, ou contre « l’exclusion de la participation à la communauté nationale » : *Cotroni*, p. 1481-1482; *Sriskandarajah*, par. 9.

II. Le paragraphe 6(1) de la Charte : les droits fondamentaux qu’il protège

[57] La Cour a donc interprété ensemble les droits d’« entrer » et de « demeurer » au Canada prévus au par. 6(1). En effet, en examinant à quel point la liberté de circulation et d’établissement garantie par

specifically contemplated the prospect of an international prisoner transfer. For instance, in *Cotroni*, at p. 1482, La Forest J. stated:

An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence. The impact of extradition on the rights of a citizen to remain in Canada appears to me to be of secondary importance. In fact, so far as Canada and the United States are concerned, a person convicted may, in some cases, be permitted to serve his sentence in Canada; see *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9.

See also *Sriskandarajah*, at para. 20.

[58] It is inconsistent to find that an international prisoner transfer has constitutional significance with respect to the right to remain in Canada, but does not engage the constitutional right to enter Canada. Our colleague suggests (at para. 47) that if — as was held in *Cotroni* — extradition lies at the outer edges of the core values protected by s. 6(1), an international prisoner transfer request “falls off the edge”. With respect, *Cotroni* supports the opposite conclusion. The *only reason* extradition lies so far from the “central thrust of s. 6(1) . . . against exile and banishment” (*Cotroni*, at p. 1482) is the prospect of returning to Canada by means of, *inter alia*, an international prison transfer. In other words, if the prospect of a prisoner transfer mitigates the violence done by extradition to the right to *remain* in Canada, this must be because it enables citizens to exercise their right to *enter* Canada once the country demanding the extradition consents to their repatriation.

[59] In our colleague’s view, the issue on this appeal is whether the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* give Canadian citizens incarcerated abroad the right to require Canada to administer their foreign prison sentences whenever

cette disposition est restreinte par l’extradition, la Cour s’est spécifiquement penchée sur l’éventualité du transfèrement international de prisonniers. Par exemple, à la p. 1482 de *Cotroni*, le juge La Forest a précisé que :

Un accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s’il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine. Les répercussions de l’extradition sur les droits d’un citoyen de demeurer au Canada me paraissent avoir une importance secondaire. En fait, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, une personne reconnue coupable peut, dans certains cas, être autorisée à purger sa peine au Canada; voir *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9.

Voir aussi *Sriskandarajah*, par. 20.

[58] Il serait incohérent de conclure que le transfèrement international d’un prisonnier est important, sur le plan constitutionnel, en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada, mais qu’il ne met pas en jeu le droit d’entrer au Canada protégé par la Constitution. Notre collègue suggère (au par. 47) que si — comme il a été décidé dans *Cotroni* — l’extradition se situe à la limite des valeurs fondamentales protégées par le par. 6(1), la demande de transfèrement international d’un prisonnier « bascule au-delà de la limite ». En toute déférence, l’arrêt *Cotroni* soutient la conclusion inverse. La *seule raison* pour laquelle l’extradition est si éloignée de ce que « [vise] le par. 6(1), [soit] protéger contre l’exil et le bannissement » (*Cotroni*, p. 1482) est, *précisément*, la perspective d’un retour au Canada au moyen, entre autres, d’un transfèrement international d’une prison à une autre. Autrement dit, l’éventualité du transfèrement d’un prisonnier atténue l’atteinte que porte l’extradition au droit de *demeurer* au Canada, parce qu’elle permet aux citoyens d’exercer leur droit d’*entrer* au Canada une fois que le pays qui a requis l’extradition consent à leur rapatriement.

[59] Selon notre collègue, la question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la liberté de circulation et d’établissement protégée par le par. 6(1) de la *Charte* donne aux citoyens canadiens incarcérés à l’étranger le droit d’exiger du

the foreign jurisdiction consents to the transfer (paras. 3, 44, 45 and 48).

[60] With respect, framing the issue this way unduly constricts the breadth of the mobility rights guaranteed under the *Charter*. A correct interpretation of the right to enter Canada — one informed by the “intimate relation between a citizen and his country” (*Cotroni*, at p. 1480) — demands an acknowledgment that effective exercise of the rights conferred by s. 6(1) will often require the state’s active cooperation. This is due, in part, to the rights’ extraterritorial application and the principle of sovereignty of nations: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 37-41.

[61] Indeed, Canadian courts have recognized that s. 6(1) obliges the state to give effect to its citizens’ mobility rights. For instance, in *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, at para. 14, the Federal Court of Appeal affirmed Noël J.’s finding that s. 6(1) imposes a duty on the state to issue a citizen a Canadian passport (2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59). At paras. 103-4 of his Federal Court decision, Noël J. explained the basis of that duty:

In order for mobility rights respecting travel outside Canada to be truly meaningful, it seems to me that more is needed than the right to enter or leave, because entering means coming back from somewhere, and leaving means going to a foreign destination. In both cases, returning and leaving imply a foreign destination where a passport is required. This mobility right cannot be exercised without a passport.

That is not all, however. By its own actions, the Canadian government recognizes and encourages the use of passports for travel abroad.

[62] Similarly, in *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267, at para. 152, Zinn J. held that

Canada qu’il prenne en charge les peines d’emprisonnement infligées à l’étranger dès lors que le pays étranger consent au transfèrement (par. 3, 44, 45 et 48).

[60] Avec égards, nous estimons que circonscrire le débat de la sorte restreint indûment l’étendue de la liberté de circulation et d’établissement garantie par la *Charte*. Une interprétation correcte du droit d’entrer au Canada — qui tient compte du « rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays » (*Cotroni*, p. 1480) — suppose de reconnaître que l’exercice réel des droits conférés par le par. 6(1) exigera souvent la coopération active de l’État. Cela découle, notamment, de l’application extraterritoriale des droits et du principe de la souveraineté des nations : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 37-41.

[61] En effet, les tribunaux canadiens ont reconnu que le par. 6(1) oblige l’État à donner effet à la liberté de circulation et d’établissement des citoyens. Par exemple, dans *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, par. 14, la Cour d’appel fédérale a confirmé la conclusion du juge Noël selon laquelle le par. 6(1) impose une obligation à l’État de délivrer un passeport à un citoyen canadien (2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59). Aux paragraphes 103-104 de la décision de la Cour fédérale, le juge Noël a expliqué le fondement de cette obligation :

Pour donner pleine valeur à cette liberté de circulation à l’extérieur du Canada, il me semble qu’il faut plus qu’entrer ou sortir car pour entrer, ceci veut dire que l’on revient de quelque part et que pour sortir, on sort pour se rendre vers une destination étrangère. Dans les deux cas, le retour et la sortie impliquent une destination étrangère où le passeport est requis. On ne peut pas exercer cette liberté de circulation sans passeport.

Mais il y a plus. En effet, le gouvernement canadien, par ses propres agissements, reconnaît et encourage l’utilisation du passeport pour les voyages à l’étranger.

[62] De même, dans *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267, par. 152, le juge Zinn a conclu que :

where a citizen is outside Canada, the Government of Canada has a positive obligation to issue an emergency passport to that citizen to permit him or her to enter Canada; otherwise, the right guaranteed by the Government of Canada in subsection 6(1) of the Charter is illusory. Where the Government refuses to issue that emergency passport, it is a *prima facie* breach of the citizen's Charter rights unless the Government justifies its refusal pursuant to section 1 of the Charter. [Emphasis added.]

[63] Just as neither *Kamel* nor *Abdelrazik* were about a constitutional right to a passport *per se*, this appeal is not about the right to a prisoner transfer. By its enactment of the *ITOA* and signature of the treaties the *ITOA* implements, Parliament and the Canadian government have recognized and encouraged the use of international prisoner transfers as a means of enabling Canadian citizens incarcerated abroad to enter and remain in Canada. The *ITOA* was precisely designed to safeguard and facilitate the exercise of these s. 6(1) rights. As stated in s. 3 of the *ITOA*:

The purpose of this Act is to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.³

[64] Parliament has crafted a regime whereby once the foreign state has consented to a transfer — thus removing the practical restrictions on an incarcerated citizen's ability to return to Canada — the sole impediment to the exercise of the citizen's s. 6(1) right is the Minister's discretion. A statutory regime that grants a Minister the discretion to determine whether or not citizens can exercise their *Charter*-protected right to enter Canada constitutes, *prima facie*, a limit on the s. 6(1) right of the citizens in question.

³ As it read at the relevant time. On March 13, 2012, a number of provisions in the *ITOA*, including s. 3, were amended by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, ss. 135 and 136.

quand un citoyen se trouve à l'étranger, le gouvernement du Canada a l'obligation positive de lui délivrer un passeport d'urgence afin qu'il puisse rentrer au Canada; sans cela, le droit que le gouvernement du Canada garantit au paragraphe 6(1) de la Charte est illusoire. Si le gouvernement refuse de délivrer ce passeport, il s'agit d'une atteinte *prima facie* aux droits que la Charte garantit à ce citoyen sauf si le gouvernement justifie son refus au regard de l'article premier. [Nous soulignons.]

[63] Tout comme les arrêts *Kamel* et *Abdelrazik* ne portaient ni l'un ni l'autre sur un droit constitutionnel à un passeport en tant que tel, le présent pourvoi ne porte pas sur le droit au transfèrement d'un prisonnier. En édictant la *LTID* et en signant les traités qu'elle met en œuvre, le Parlement et le gouvernement canadien ont reconnu et encouragé l'utilisation du transfèrement international de prisonniers incarcérés à l'étranger comme moyen pour permettre aux citoyens canadiens ainsi incarcérés d'entrer et de demeurer au Canada. La *LTID* a été conçue précisément pour sauvegarder les droits garantis au par. 6(1) et pour en faciliter l'exercice. Comme le précise l'art. 3 de la *LTID* :

La présente loi a pour objet de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux³.

[64] Le Parlement a conçu un régime selon lequel, dès qu'un pays étranger a consenti à un transfèrement — supprimant de ce fait les restrictions pratiques qui empêchent un citoyen incarcéré de retourner au Canada —, le pouvoir discrétionnaire du ministre devient le seul obstacle à ce qu'un citoyen exerce les droits que lui confère le par. 6(1). Un régime légal qui confère à un ministre le pouvoir discrétionnaire de décider si les citoyens peuvent ou non exercer leur droit protégé par la *Charte* d'entrer au Canada constitue, *prima facie*, une limite au droit des citoyens garanti par le par. 6(1).

³ Il s'agit de la disposition telle qu'elle était libellée au moment pertinent. Le 13 mars 2012, un certain nombre de dispositions de la *LTID*, dont l'art. 3, ont été modifiées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, ch. 1, art. 135 et 136.

[65] We hasten to add that, in the absence of the *ITOA* and the treaties that it implements, the minimum of state action required by s. 32 of the *Charter* for the *Charter* to apply would not be met. Clearly, all citizens abroad cannot rely on their *Charter*-guaranteed right to enter Canada in order to demand that the Canadian government actively facilitate their repatriation by, for instance, paying for their airline tickets.

[66] Moreover, the greater administrative and financial costs occasioned by a prisoner transfer, as compared to the issuance of a passport, may be relevant at the s. 1 justification stage but are irrelevant to the s. 6(1) inquiry. “[T]he guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so”: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218 (*per* Wilson J.).

[67] Accordingly, we find that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*. We turn now to consider whether this limitation is nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*.

III. Justification Under Section 1

[68] To pass constitutional muster under s. 1, the impugned provisions must constitute “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. This will be the case where the party invoking s. 1 demonstrates (1) that the infringing provisions relate to a pressing and substantial objective, (2) that there is a rational connection between the objective and the infringement of the right, (3) that the chosen means interfere as little as possible with the protected right, and (4) that the salutary effects of the measures outweigh their deleterious effects: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889; Hogg, at pp. 38-17 and 38-18.

[65] Nous nous empressons d’ajouter que, sans la *LTID* et les traités qu’elle met en œuvre, il ne serait pas satisfait à l’exigence d’un minimum d’action de l’État pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*. Manifestement, tous les citoyens qui se trouvent à l’étranger ne peuvent pas se fonder sur la liberté qui leur est garantie par la *Charte* d’entrer au Canada pour exiger du gouvernement canadien qu’il facilite activement leur rapatriement, par exemple, en payant leurs billets d’avion.

[66] En outre, le coût administratif et financier accru qu’engendre le transfèrement d’un prisonnier, comparativement à celui de la délivrance d’un passeport, peut être pertinent à l’étape de l’analyse de la justification visée à l’article premier, mais il ne l’est pas dans le cadre de l’examen fondé sur le par. 6(1). « Les garanties de la *Charte* seraient [...] illusoire s’il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative » : *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 218 (la juge Wilson).

[67] En conséquence, nous concluons que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* constituent une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*. Nous nous penchons maintenant sur la question de savoir si cette limite est néanmoins justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

III. Justification au sens de l’article premier

[68] Pour qu’elles soient jugées constitutionnelles au regard de l’article premier, les dispositions contestées doivent constituer des « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Ce sera le cas si la partie qui invoque l’article premier démontre (1) que les règles de droit contestées visent un objectif urgent et réel, (2) qu’il existe un lien rationnel entre cet objectif et l’atteinte portée au droit en question, (3) que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit protégé et (4) que les effets bénéfiques de la mesure prise l’emportent sur ses effets préjudiciables : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889; Hogg, p. 38-17 et 38-18.

[69] For the following reasons, we believe that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* satisfy this standard of justification.

[70] It is important to note, at the outset, that the issue here is *not* whether the respondent Minister's discretion was reasonably exercised *in this case* in light of the appellant's *Charter* rights. The appellant expressly abandoned his argument on the reasonableness of the Minister's decision before the Court of Appeal and did not raise it before this Court: 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, at paras. 14 and 71 (*per* Mainville J.A.); para. 74 (*per* Nadon J.A.).

[71] At the time of the Minister's decision in the present case, ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* provided:

10. (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:

(a) whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;

. . .

(2) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:

(a) whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the *Criminal Code*;

[72] There is no dispute that ensuring the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism and organized crime are pressing and substantial objectives.

[73] The appellant contends, however, that there is no rational link between the Minister's discretion to refuse a transfer on the basis of the factors set out in ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* and the pressing and substantial objectives of the impugned provisions. He submits two arguments to this end: first, that the Minister's discretionary

[69] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* satisfont à cette norme de justification.

[70] Il importe de noter, dès le départ, que la question en litige dans le présent appel *n'est pas* celle du caractère raisonnable, *en l'espèce*, de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le ministre intimé compte tenu des droits de l'appelant garantis par la *Charte*. En effet, l'appelant a expressément abandonné son moyen fondé sur la raisonabilité de la décision du ministre devant la Cour d'appel et ne l'a pas invoqué devant la Cour : 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, par. 14 et 71 (le juge Mainville); par. 74 (le juge Nadon).

[71] Au moment où le ministre a pris sa décision dans la présente affaire, les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* étaient ainsi libellés :

10. (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :

a) le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;

. . .

(2) Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :

a) à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du *Code criminel*;

[72] Nul ne conteste que le fait d'assurer la sécurité du Canada et de prévenir les infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle constitue des objectifs urgents et réels.

[73] Toutefois, l'appelant soutient qu'il n'y a pas de lien rationnel entre le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre de refuser un transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* et les objectifs urgents et réels visés par les dispositions contestées. Il fait valoir deux arguments pour étayer son point de

power does no more than delay the citizen's return to Canadian soil; second, that the legislation's pressing and substantial objectives would be better served by Canada taking charge of the sentence. In our view, neither argument can succeed.

[74] We agree that considering security risks that may arise only upon an offender's *release* is not rationally connected to the objectives of the impugned provisions since, once liberated abroad, Canadian citizens can enter Canada simply by proving their status at the border. But considering risks that could arise *during* incarceration is not "arbitrary, unfair or based on irrational considerations": *Oakes*, at p. 139. This distinction was highlighted by the respondent, at para. 94 of its factum:

[TRANSLATION] The Minister's decision relates to the management of the sentence and to the place where it will be served, bearing in mind that the offender will be able to return to Canada once his sentence has been served. It is therefore perfectly logical that what the Minister must consider relates to the risks the offender's return to Canada would entail at the time of the transfer request rather than to those it would entail, if any remain, once the sentence has been served. [Emphasis added.]

[75] The challenged factors must be interpreted contextually and in a manner consistent with the purpose of the *ITOA*. Phrases such as "whether the offender's return" (s. 10(1)(a)) and "after the transfer" (s. 10(2)(a)) may be wide in the abstract, but they "are more or less elastic, and admit of restriction or expansion to suit the subject-matter. . . . [I]t is necessary to give them the meaning which best suits the scope and object of the statute without extending to ground foreign to the intention": R. Wilson and B. Galpin, eds., *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (11th ed. 1962), at pp. 58-59, quoted in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at p. 803. See also *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para 25; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 284-87.

vue : premièrement, il prétend que le pouvoir discrétionnaire du ministre ne fait que retarder le retour du citoyen au Canada; deuxièmement, il soutient que les objectifs urgents et réels visés par la loi seraient mieux servis si le Canada se chargeait de la peine. À notre avis, ni l'un ni l'autre de ces arguments n'est bien fondé.

[74] Certes, si seuls les risques liés à la sécurité qui pourraient survenir lors de la *libération* d'un délinquant étaient pris en compte, cela n'aurait pas de liens rationnels avec les objectifs des dispositions contestées puisque, une fois libérés à l'étranger, les citoyens canadiens peuvent entrer au pays uniquement en prouvant leur statut à la frontière. Cependant, le fait de considérer les risques qui pourraient survenir *durant* l'incarcération n'est « ni arbitrair[e], ni inéquitable, ni fond[é] sur des considérations irrationnelles » : *Oakes*, p. 139. Cette distinction a été soulignée par l'intimé au par. 94 de son mémoire :

La décision du ministre vise la gestion de la peine et l'endroit où elle sera purgée, tout en étant conscient (*sic*) que le délinquant peut revenir au Canada à l'échéance de sa peine. Conséquemment, il est tout à fait logique que la réflexion du ministre porte sur les risques que présente, au moment de la demande de transfèrement, le retour du délinquant au Canada, plutôt que sur les risques, s'il en subsiste, au moment de l'échéance de sa peine. [Nous soulignons.]

[75] Il faut interpréter les facteurs contestés d'une manière qui soit téléologique et cohérente avec l'objectif de la *LTID*. Des propositions telles « le retour [. . .] peut constituer » (al. 10(1)a)) et « après son transfèrement » (al. 10(2)a)) peuvent avoir une large portée dans l'abstrait, mais elles [TRADUCTION] « sont plus ou moins élastiques, et elles sont restreintes ou étendues selon le sujet. [. . .] [I]l est nécessaire de leur donner le sens qui convient le mieux à la portée et à l'objet de la loi sans étendre ce sens au point qu'il ne corresponde plus à l'intention » : R. Wilson et B. Galpin, dir., *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (11^e éd. 1962), p. 58-59, cité dans *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, p. 803. Voir aussi *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 25; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 284-287.

[76] Manifestly, the factors set out in s. 10(1)(a) and s. 10(2)(a) relate to risks that arise upon the transfer of offenders, *before* their release. Denying a prisoner transfer request based on security risks that may arise only *after* an offender's release would be an unreasonable exercise of discretion grounded in an erroneous interpretation of the *ITOA*. A Minister's exercise of discretion in such an unreasonable manner, however, does not render the factors themselves irrational. Properly understood, the factors and the Minister's discretion are rationally connected to Parliament's pressing and substantial objectives.

[77] Moreover, the pressing and substantial objectives of the impugned provisions would not be better served in *all cases* by Canada taking charge of the sentence. As Mainville J.A. explained in his concurring reasons in the court below:

... I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of a convicted terrorist if it is reasonable to believe that the incarceration of that terrorist in Canada would result in retaliatory terrorist attacks on Canadian citizens. Likewise, I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of an international drug cartel kingpin if it is reasonable to believe that such a transfer would result in attacks on Canadian prison guards or would facilitate the criminal operations of that offender or of his criminal organization. These are clear cases [where] the Minister could properly refuse a transfer to Canada. [para. 56]

[78] Given that in some cases the objectives of the *ITOA* would be served by refusing a transfer based on the factors set out in ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), the Minister's discretion to consider these factors on a case-by-case basis is rationally connected to the pressing and substantial objectives of these provisions.

[76] Manifestement, les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) ont trait à des risques qui surviennent à l'occasion du transfèrement de délinquants, *avant* leur libération. Refuser la demande de transfèrement d'un prisonnier en raison de risques pour la sécurité qui pourraient se concrétiser uniquement *après* la libération du délinquant constituerait un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire fondé sur une interprétation erronée de la *LTID*. Cela dit, l'exercice aussi déraisonnable par un ministre de son pouvoir discrétionnaire ne rend pas les facteurs, eux-mêmes, irrationnels. Interprétés correctement, les facteurs et le pouvoir discrétionnaire du ministre ont un lien rationnel avec les objectifs urgents et réels poursuivis par le Parlement.

[77] En outre, les objectifs urgents et réels des dispositions contestées ne seraient pas mieux servis dans *tous les cas* si le Canada prenait les peines en charge. Comme le juge Mainville de la Cour d'appel l'a expliqué dans ses motifs concurrents en l'espèce :

Je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un terroriste reconnu coupable s'il est raisonnable de croire que l'incarcération de ce terroriste au Canada pourrait se traduire par des attaques terroristes de représailles visant les citoyens canadiens. De même, je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un baron de la drogue opérant dans le cadre de cartels internationaux s'il est raisonnable de croire que ce transfèrement pourrait se traduire par des attaques à l'endroit de gardiens de prison au Canada ou faciliter les activités criminelles de ce délinquant ou de son organisation criminelle. Il m'apparaît qu'en pareil cas, le ministre pourrait à bon droit refuser le transfèrement au Canada. [par. 56]

[78] Puisque, dans certains cas, refuser le transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) servirait les objectifs de la *LTID*, le pouvoir discrétionnaire du ministre de tenir compte de ces facteurs au cas par cas est lié rationnellement aux objectifs urgents et réels visés par ces dispositions.

[79] In addition, at least in some cases, refusing a transfer based on the challenged factors will be the sole — and therefore the most minimally impairing — alternative open to the Minister. In light of both the binary nature of the Minister’s decision and the citizen’s continued incarceration, it is difficult to conceive of a less drastic means of achieving Parliament’s protective purpose.

[80] Finally, in our view, the impugned provisions are proportionate in their effect — that is, their effects do “not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768.

[81] The beneficial effects of permitting the Minister to consider threats to Canadian security and threats of terrorism or organized crime in deciding whether to permit a transfer are, as the respondent asserts, [TRANSLATION] “self-evident” (R.F., at para. 106).

[82] To the extent that the impugned provisions engage the rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*, they — like extradition — “li[e] at the outer edges of the core values [being] protected by [s. 6(1)]”: *Cotroni*, at p. 1481. Again, as Mainville J.A. put it:

These offenders have committed offences in foreign jurisdictions. Barring exceptional circumstances, there is nothing unfair or unreasonable in the fact that these offenders are subject to the incarceration systems of the foreign jurisdictions in which they committed their offences. Canada’s entire extradition system is in fact based on this premise. [para. 63]

[83] The prejudicial effect of a transfer refusal on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad is further palliated by the fact that the citizens in question will be able to enter Canada after serving their sentences in the foreign jurisdiction.

[79] De plus, du moins dans certains cas, le ministre n’aura d’autre choix que de refuser le transfèrement sur le fondement des facteurs contestés — ce qui constituera donc la solution la moins attentatoire. À la lumière tant de la nature binaire de la décision du ministre et de l’incarcération du citoyen qui se poursuit, il est difficile de concevoir un moyen moins drastique d’atteindre l’objectif de protection visé par le Parlement.

[80] Finalement, nous sommes d’avis que les dispositions contestées ont un effet proportionnel — c’est-à-dire que leurs effets « [n’empiètent pas] sur les droits individuels ou collectifs au point que l’objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l’atteinte aux droits » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 768.

[81] Les effets bénéfiques de l’autorisation donnée au ministre de tenir compte des menaces à la sécurité des Canadiens ainsi que des menaces proférées par des terroristes ou par le crime organisé lorsqu’il décide s’il autorise un transfèrement sont, comme l’affirme l’intimé, « évidents » (m.i., par. 106).

[82] Dans la mesure où les dispositions contestées mettent en cause les droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*, tout comme l’extradition, elles « se situe[nt] à la limite des valeurs fondamentales que [protège le par. 6(1)] » : *Cotroni*, p. 1481. Encore une fois, comme l’affirme le juge Mainville :

Ces délinquants ont commis des infractions dans un pays étranger. À moins de circonstances exceptionnelles, le fait que ces délinquants soient assujettis au régime d’incarcération du pays dans lequel ils ont commis les infractions n’a rien d’injuste ou de déraisonnable. Le régime canadien d’extradition dans son entier est en fait fondé sur ce principe. [par. 63]

[83] Il est en outre pallié à l’effet préjudiciable d’un refus de transfèrement sur la liberté de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l’étranger par le fait que les citoyens en question pourront entrer au Canada après avoir purgé leur peine à l’étranger.

[84] We conclude that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* constitute a reasonable limit on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad.

IV. Ministerial Discretion

[85] The Minister's discretion to grant or refuse prisoner transfer requests under the *ITOA* is broad and flexible. A large measure of deference is appropriate in the circumstances, given the complex social and political problems being tackled, such as security and terrorism: *Kamel* (F.C.A.), at paras. 57-59; *Cotroni*, at p. 1489; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paras. 37-39.

[86] Each individual decision by the Minister must nonetheless respect the governing principles of administrative law and, of course, remains subject to judicial review. Moreover, the Minister's discretion must be exercised with due regard for the s. 6(1) *Charter* rights at stake: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

[87] But, as we indicated above, the appellant no longer challenges the reasonableness of the Minister's decision in this case. In these circumstances, we need not consider whether the Minister's discretion was properly exercised.

V. Conclusion

[88] Accordingly, we would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

- (1) Do ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

[84] Nous concluons que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* constituent des limites raisonnables au droit de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger.

IV. Le pouvoir discrétionnaire du ministre

[85] Le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre d'accueillir ou de rejeter les demandes de transfèrement de prisonniers en application de la *LTID* est large et souple. Dans les circonstances, il convient de faire preuve d'une grande déférence compte tenu des problèmes sociaux et politiques complexes en jeu, tels ceux de la sécurité et du terrorisme : *Kamel* (C.A.F.), par. 57-59; *Cotroni*, p. 1489; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 37-39.

[86] Chaque décision du ministre doit néanmoins respecter les principes qui régissent le droit administratif et, bien sûr, reste sujette à un contrôle judiciaire. De plus, le pouvoir discrétionnaire du ministre doit être exercé en tenant dûment compte des droits en cause protégés par le par. 6(1) de la *Charte* : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

[87] Cela dit, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'appelant ne conteste plus le caractère raisonnable de la décision du ministre en l'espèce. Dans les circonstances, nous n'avons pas à décider si le ministre a judicieusement exercé son pouvoir discrétionnaire.

V. Conclusion

[88] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

- (1) Les alinéas 10(1)a) et 10(2)a), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

(2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Monterosso Giroux, Outremont.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

(2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant : Monterosso Giroux, Outremont.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Envision Credit Union *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: ENVISION CREDIT UNION v. CANADA

2013 SCC 48

File No.: 34619.

2013: March 19; 2013: September 26.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income Tax — Corporations — Amalgamations — Amalgamating credit unions seeking to avoid flow-through of certain tax attributes to double claim capital cost allowance and reset preferred rate amount — Whether amalgamation a “qualifying amalgamation” satisfying requirements of s. 87 of the Income Tax Act — Whether “qualifying amalgamation” provisions apply to readjust amalgamated corporation’s tax attributes — Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, c. 82, ss. 20, 23 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 87.

Two credit unions, D and F (together the “predecessors”) amalgamated to form E. The merger was undertaken for non-tax reasons, but the transaction was structured to obtain the best possible tax outcome. The amalgamation was carried out under the *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 82 (“*CUIA*”). In amalgamating, D and F attempted to avoid the application of s. 87 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”) and thereby engage in a non-qualifying amalgamation by having the beneficial interest in certain real properties that were surplus to their business needs (the “surplus properties”) pass at the moment of amalgamation from the predecessors to a recently created subsidiary, 619. In exchange for those surplus properties, 619 issued shares to the predecessors, which then flowed through to E as a result of the amalgamation. Upon amalgamation, E retained the legal title to the surplus properties as a bare trustee, but the beneficial interest was vested in 619.

Envision Credit Union *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : ENVISION CREDIT UNION c. CANADA

2013 CSC 48

N° du greffe : 34619.

2013 : 19 mars; 2013 : 26 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Sociétés — Fusions — Caisses de crédit fusionnantes cherchant à éviter le transfert de certains attributs fiscaux pour demander deux fois la déduction pour amortissement et remettre à zéro le montant imposable à taux réduit — La fusion constitue-t-elle une « fusion admissible » répondant aux exigences de l’art. 87 de la Loi de l’impôt sur le revenu? — Les dispositions sur la « fusion admissible » emportent-elles le rajustement des attributs fiscaux de la société issue de la fusion? — Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 82, art. 20, 23 — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 87.

Deux caisses de crédit, D et F (collectivement appelées les « caisses remplacées »), ont fusionné pour former E. L’unification n’était pas motivée par des raisons fiscales; l’opération a toutefois été structurée de manière à donner la meilleure issue fiscale possible. La fusion a été effectuée sous le régime de la *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 82 (« *CUIA* »). En fusionnant, D et F ont tenté de contourner l’application de l’art. 87 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* ») et de procéder ainsi à une fusion non admissible en transférant, au moment de la fusion, l’intérêt bénéficiaire à l’égard de certains biens réels qui excédaient leurs besoins commerciaux (les « biens excédentaires ») à une filiale nouvellement créée, 619. En échange de ces biens excédentaires, 619 a émis des actions en faveur des caisses remplacées, qui ont été transférées à E par suite de la fusion. Dès la fusion, E conservait le titre juridique sur les biens excédentaires en tant que nue-fiduciaire, alors que l’intérêt bénéficiaire était conféré à 619.

E took the position that its amalgamation was not a qualifying amalgamation under s. 87 because the flow-through requirement of s. 87 applies only where “all the property” of the amalgamating corporations becomes the property of the amalgamated corporations. E argues that because certain properties were sold at the exact moment of the amalgamation, this precondition to flow-through was not met. Two particular tax attributes are at issue in this appeal: capital cost allowance (“CCA”) and the preferred rate amount (“PRA”). E says that as a result of the non-qualifying merger, its PRA was reset to zero, which would have the effect of potentially increasing its ability to claim the PRA tax credit. Although E filed its tax returns in accordance with this assumption, it is undisputed that the PRA reset did not benefit it in the tax years relevant to this appeal. Nevertheless, the PRA was the reason that the decision was made to pursue a non-qualifying amalgamation. E also took the position that the CCA deductions taken by its predecessors were reset upon amalgamation such that it could claim CCA based on the original capital cost of the assets to the predecessor credit unions. The Minister reassessed E for the taxation years 2001, 2002, 2003 and 2004. The Tax Court dismissed E’s appeal from all reassessments except the reassessment for the 2001 taxation year, which was held to be statute barred. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: A qualifying amalgamation under s. 87 of the *ITA* has three basic requirements: (a) all of the property of the predecessor corporations immediately before the merger must become property of the amalgamated corporation (“Amalco”) by virtue of the merger; (b) all of the liabilities of the predecessor corporations immediately before the merger must become liabilities of Amalco by virtue of the merger; and (c) all of the shareholders, who owned shares of the capital stock of any predecessor corporation immediately before the merger, must receive shares of the capital stock of Amalco because of the merger. Once the s. 87 requirements are met, the *ITA* provides for the flow-through of various tax attributes while prohibiting the flow-through of other tax attributes. All other amalgamations are outside the scope of s. 87. The tax consequences of non-qualifying amalgamations are not specified in the *ITA*.

Selon E, la fusion dont elle est issue ne constituait pas une fusion admissible au titre de l’art. 87, car les dispositions de cet article relatives au transfert ne s’appliquent que lorsque tous les biens appartenant aux sociétés fusionnantes deviennent les biens de la société issue de la fusion. E fait valoir que, comme certains biens ont été vendus au moment précis de la fusion, cette condition préalable au transfert des attributs fiscaux n’était pas remplie. Deux attributs fiscaux particuliers sont en cause dans le présent pourvoi : la déduction pour amortissement (« DPA ») et le montant imposable à taux réduit (« MITR »). E prétend que l’unification non admissible a eu pour effet de ramener le MITR à zéro dans son cas, et elle était ainsi peut-être davantage en mesure de demander le crédit d’impôt relatif au MITR. Bien qu’E ait produit ses déclarations de revenus en partant de cette hypothèse, il n’est pas contesté que la remise à zéro du MITR ne lui a pas bénéficié au cours des années d’imposition en cause en l’espèce. Quoi qu’il en soit, c’est en raison du MITR qu’il avait été décidé de procéder à une fusion non admissible. E fait également valoir que les DPA demandées par les caisses remplacées avaient aussi été ramenées à zéro lors de la fusion, de sorte qu’elle pouvait les demander en fonction du coût en capital initial des actifs assumé par les caisses remplacées. Le ministre a établi de nouvelles cotisations à l’égard d’E pour 2001, 2002, 2003 et 2004. La Cour de l’impôt a rejeté l’appel interjeté par E à l’égard des nouvelles cotisations, à l’exception de celle établie pour 2001, qu’elle a jugé prescrite. La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Une fusion admissible au titre de l’art. 87 de la *LIR* doit répondre aux trois exigences fondamentales suivantes : a) les biens appartenant aux sociétés remplacées immédiatement avant l’unification doivent devenir des biens de la société issue de la fusion en vertu de l’unification; b) les engagements des sociétés remplacées existant immédiatement avant l’unification doivent devenir des engagements de la société issue de la fusion en vertu de l’unification; c) les actionnaires qui possédaient des actions du capital-actions d’une société remplacée immédiatement avant l’unification doivent recevoir des actions du capital-actions de la société issue de la fusion en raison de l’unification. Dès lors qu’il est satisfait à ces prescriptions, la *LIR* prévoit le transfert de divers attributs fiscaux et interdit le transfert d’autres attributs fiscaux. Toute autre fusion n’est pas visée par l’art. 87. Les conséquences fiscales d’une fusion non admissible ne sont pas prévues dans la *LIR*.

Credit unions in B.C. are not permitted to amalgamate except in accordance with the requirements of s. 20 of the *CUIA*. While s. 20 empowers predecessor credit unions to set terms and conditions of amalgamation, those terms and conditions cannot contradict or override the automatic consequences of amalgamation specified in s. 23 of the *CUIA*. Under the *CUIA*, an amalgamated credit union is a continuation of the predecessor credit unions: ss. 20(1) and 23(a). The amalgamated credit union is “seized of” all the property and liabilities of its predecessors: s. 23(b). Nothing in s. 20 or s. 23 of the *CUIA* permits amalgamating credit unions to contract out of any of the express statutory consequences of an amalgamation, and there is no independent common law power that permits credit unions to amalgamate in a manner that would contradict the terms of the *CUIA*. To permit amalgamating credit unions to contract out of s. 23 of the *CUIA* would undermine the statutory scheme constructed by the legislature by jeopardizing the role of s. 23(b) as a protection for creditors. Protection for creditors is a key issue in an amalgamation. Amalgamations are not intended to permit corporations to split liabilities from assets.

In this case, the requirements of s. 87 of the *ITA* are satisfied by this amalgamation and the amalgamation was a qualifying amalgamation. By virtue of s. 23(b), E was seized of the surplus properties at the exact moment of amalgamation. This caused the condition in s. 87(1)(a) of the *ITA* to be fulfilled. All of the property of the predecessors was property of E by virtue of the merger. It was not open to the parties, through the *CUIA*, to have some property that belonged to the predecessors not become property of E by virtue of the amalgamation. The provisions of the *ITA* that provide for the flow-through of CCA and PRA apply and E’s tax attributes must be adjusted accordingly. Despite the fact E was seized of the surplus properties at the time of amalgamation, an outcome that the predecessors were trying to avoid, the contracts for sale of the surplus properties and the amalgamation agreement are still effective. The effect of these agreements was identical to the effect that the predecessors had planned for, with the sole exception of the tax consequences which could not have been achieved because of s. 23(b) of the *CUIA*. Tax consequences which flow from the application of tax law cannot be tailored to avoid negative corporate law consequences.

Per Cromwell J.: At the moment that E was created, the predecessor corporations ceased to have any

Les caisses de crédit en Colombie-Britannique ne peuvent fusionner qu’en conformité avec l’art. 20 de la *CUIA*. Bien que l’art. 20 habilite les caisses remplacées à fixer les conditions de la fusion, ces dernières ne peuvent contredire ou contourner les conséquences automatiques de la fusion prévues à l’art. 23 de la *CUIA*. Aux termes de cette loi, les caisses remplacées se prorogent en la caisse issue de la fusion : par. 20(1) et al. 23a). La caisse issue de la fusion « entre en possession » des biens et « prend en charge » les engagements des caisses remplacées : al. 23b). Rien à l’art. 20 ni à l’art. 23 de cette loi ne permet aux caisses fusionnantes de se soustraire par contrat aux conséquences de la fusion expressément prévues par la loi, et il n’existe aucun pouvoir indépendant en common law en vertu duquel des caisses de crédit pourraient fusionner autrement que conformément au libellé de la *CUIA*. Permettre aux caisses fusionnantes de se soustraire par contrat à l’application de l’art. 23 de la *CUIA* affaiblirait le régime établi par le législateur en mettant en péril le rôle de protection des créanciers que joue l’al. 23b). La protection des créanciers est un enjeu clé lors d’une fusion. La fusion ne saurait permettre à une société de dissocier le passif de l’actif.

La fusion en l’espèce satisfait aux prescriptions de l’art. 87 de la *LIR* et il s’agissait d’une fusion admissible. En application de l’al. 23b), E est entrée en possession des biens excédentaires au moment précis de la fusion. La condition prévue à l’al. 87(1)(a) de la *LIR* était par le fait même remplie. Les biens appartenant aux caisses remplacées sont devenus des biens appartenant à E en vertu de l’unification. La *CUIA* ne permet pas aux parties de prévoir que certains biens appartenant aux caisses remplacées ne deviennent pas des biens d’E lors de la fusion. Les dispositions de la *LIR* qui prévoient le transfert des DPA et du MITR s’appliquent, et les attributs fiscaux d’E doivent être rajustés en conséquence. Même si E est entrée en possession des biens excédentaires au moment de la fusion — résultat que les caisses remplacées cherchaient à éviter —, les contrats relatifs à la vente des biens excédentaires et la convention de fusion ont néanmoins produit les effets escomptés. Ces conventions ont eu l’effet voulu par les caisses remplacées, à l’exception des conséquences fiscales auxquelles l’al. 23b) de la *CUIA* a fait obstacle. Les conséquences d’une loi fiscale ne sauraient être adaptées de manière à éviter des conséquences défavorables sur le plan du droit des sociétés.

Le juge Cromwell : À la création d’E, les sociétés remplacées ont perdu leur existence juridique distincte.

independent legal existence. There was thus no point in time when D, F and E existed as separate legal entities such that D and F could convey their property to E because, at the moment of amalgamation, only E was a separate legal entity. That is sufficient to fully answer this appeal and the analysis should stop there.

It is both unnecessary and undesirable to resolve this appeal using s. 23(b). Having found that there was no inconsistency between the actual transaction and the result of an amalgamation as described in s. 23, it is not necessary to speculate on what would have happened if that were not the case. The proposed interpretation of s. 23 has potentially far-reaching effects beyond the construction of the *CUIA*. In effect, it lays down a rule that all amalgamations under the *CUIA* (and therefore under similarly worded provisions in other corporations statutes) cannot, as a matter of law, fall outside the provisions of s. 87(1)(a) and (b) of the *ITA*. This is a significant holding but there is no authority to support it.

Moreover, there is reason to be concerned about the correctness of the proposed interpretation given the text and structure of the statute. Section 23 does not set out the conditions for amalgamation; that is the role of s. 20. Rather, s. 23 simply describes the effects of an amalgamation, recognizing that the amalgamation agreement plays a central role in spelling out those effects. Given that credit unions operate in a highly regulated environment, it also seems rather unlikely that creditor protection depends heavily on s. 23(b). Section 20 addresses this concern through the requirement for regulatory approval of the proposed amalgamation. Further, it is acknowledged that this interpretation has the potential to give rise to significant practical problems in future cases.

Cases Cited

By Rothstein J.

Discussed: *R. v. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1975] 1 S.C.R. 411; **referred to:** *Manco Home Systems Ltd., Re*, 1989 CanLII 2819; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, S.B.C. 2002, c. 57, s. 279(b)(ii).
Company Act, R.S.B.C. 1996, c. 62, s. 251.
Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, c. 82, ss. 16 to 18, 20 to 24.

Par conséquent, D, F et E n'ont jamais coexisté comme entités juridiques distinctes, de sorte que les premières aient pu céder leurs biens à la dernière, car au moment de la fusion, la seule entité juridique distincte qui existait était E. Cette conclusion suffit pour permettre de statuer entièrement sur l'appel, et il conviendrait d'en rester là.

Il n'est ni nécessaire ni désirable de trancher le pourvoi sur le fondement de l'al. 23b). Dès lors que l'on conclut à l'absence d'incompatibilité entre l'opération en cause et le résultat d'une fusion énoncé à l'art. 23, il n'est pas nécessaire de se perdre en conjectures sur les conséquences potentielles qui découleraient de la situation contraire. L'interprétation proposée de l'art. 23 est susceptible de produire des effets qui transcendent la seule interprétation de la *CUIA*. Dans les faits, elle crée une règle voulant qu'aucune fusion effectuée en vertu de la *CUIA* (et par extension en vertu de toute disposition semblable d'une autre loi sur les sociétés) ne puisse en droit être soustraite à l'application des al. 87(1)a) et b) de la *LIR*. Il s'agit d'une conclusion d'importance, mais qui n'est fondée sur aucune source.

En outre, il y a lieu de douter de la justesse de l'interprétation proposée compte tenu du libellé et de la structure de la loi. L'article 23 n'établit pas les conditions préalables à une fusion; c'est là le rôle de l'art. 20. En revanche, il énumère tout simplement les effets de la fusion et indique que la convention de fusion joue le rôle crucial de les préciser. Étant donné que les caisses évoluent dans un cadre fortement réglementé, il semble également très improbable que la protection des créanciers dépende si fortement de l'al. 23b). L'article 20, en exigeant l'approbation par l'organisme de réglementation de toute fusion proposée, répond à cette préoccupation. De surcroît, il est reconnu qu'une telle interprétation risque d'engendrer des problèmes pratiques importants dans d'autres affaires.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt analysé : *R. c. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1975] 1 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Manco Home Systems Ltd., Re*, 1989 CanLII 2819; *Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952.

Lois et règlements cités

Business Corporations Act, S.B.C. 2002, ch. 57, art. 279b)(ii).
Company Act, R.S.B.C. 1996, ch. 62, art. 251.
Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 82, art. 16 à 18, 20 à 24.

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 87, 137(4.3)(b), 256(1.2).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.
British Columbia Company Law Practice Manual, 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2007.
 McMeel, Gerard. *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.), 2011 FCA 321, 425 N.R. 261, 2012 D.T.C. 5055, 94 B.L.R. (4th) 14, [2012] 3 C.T.C. 66, [2011] F.C.J. No. 1857 (QL), 2011 CarswellNat 5740, affirming a decision of Webb J., 2010 TCC 576, 2010 D.T.C. 1399, [2011] 2 C.T.C. 2229, 79 B.L.R. (4th) 38, [2010] T.C.J. No. 469 (QL), 2010 CarswellNat 4303. Appeal dismissed.

Joel A. Nitikman and Jessica Fabbro, for the appellant.

Daniel Bourgeois and Eric Noble, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner J.J. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Every taxpayer is entitled to order his or her affairs so that the tax payable is less than it otherwise would be. Taxpayers often engage in tax planning to achieve that result. Of course, if that tax planning is to achieve the desired result, it must be consistent with the relevant provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), and other statutes. If the planning runs afoul of such provisions, the sought after tax minimization is not achieved. That is the result in this appeal.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 87, 137(4.3)(b), 256(1.2).

Doctrine et autres documents cités

British Columbia Company Law Practice Manual, 2nd ed., vol. 1. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2007.
Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière, 3^e éd. Toronto : Institut canadien des comptables agréés, 2011.
 McMeel, Gerard. *The Construction of Contracts : Interpretation, Implication, and Rectification*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Layden-Stevenson et Stratas), 2011 CAF 321, 425 N.R. 261, 2012 D.T.C. 5055, 94 B.L.R. (4th) 14, [2012] 3 C.T.C. 66, [2011] A.C.F. n° 1857 (QL), 2011 CarswellNat 6343, qui a confirmé une décision du juge Webb, 2010 CCI 576, 2010 D.T.C. 1399, [2011] 2 C.T.C. 2229, 79 B.L.R. (4th) 38, [2010] A.C.I. n° 469 (QL), 2010 CarswellNat 5708. Pourvoi rejeté.

Joel A. Nitikman et Jessica Fabbro, pour l'appelante.

Daniel Bourgeois et Eric Noble, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Tout contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire le montant de l'impôt qu'il aurait autrement à payer. Les contribuables procèdent souvent à la planification fiscale pour y parvenir. Bien entendu, pour qu'elle puisse permettre d'obtenir la réduction d'impôt souhaitée, cette planification fiscale doit être conforme aux dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), et d'autres lois. Si elle ne l'est pas, la réduction d'impôt recherchée n'est pas obtenue. C'est le résultat du présent pourvoi.

[2] In this case, two credit unions amalgamated into Envision Credit Union (“Envision”). In doing so, they sought to avoid the application of s. 87 of the *ITA*, which requires that certain tax attributes of amalgamating corporations “flow through” to the amalgamated corporation if specific criteria are met. By avoiding the flow-through of certain tax attributes, the credit union attempted to double claim capital cost allowance and would have an enhanced capacity for a lower tax rate on a portion of its income.

[3] Envision contends that it successfully avoided the flow-through requirement. In particular, Envision observes that the flow-through requirement applies only where “all of the property” of the amalgamating corporations becomes property of the amalgamated corporation. Envision argues that because certain properties were sold at the exact moment of the amalgamation, this precondition to flow-through was not met.

[4] Amalgamations are creatures of statute. For the reasons that follow, I conclude that Envision was not able to avoid the application of the *ITA* rules by selling property at the time of amalgamation, because the provincial statute that permitted the amalgamation caused the *ITA* conditions to be automatically fulfilled. The amalgamation therefore met the requirements for flow-through of tax attributes under the *ITA*. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[5] On January 1, 2001, two British Columbia credit unions, Delta Credit Union (“Delta”) and First Heritage Savings Credit Union (“First Heritage”) (together the “predecessors”) amalgamated to form Envision. The merger was undertaken for non-tax reasons, but the transaction was structured to obtain the best possible tax outcome.

[6] The amalgamation was carried out under the *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 82 (“*CUIA*”). Under that Act, an amalgamated

[2] En l’espèce, deux caisses de crédit ont fusionné pour devenir la Envision Credit Union (« Envision »). Elles cherchaient ainsi à se soustraire à l’application de l’art. 87 de la *LIR*, qui exige que des attributs fiscaux précis des sociétés qui fusionnent « soient transférés » à la société issue de la fusion lorsque certains critères sont remplis. En s’y soustrayant, la caisse de crédit a tenté de demander deux fois la déduction pour amortissement et d’imposer à un taux inférieur une tranche plus importante de son revenu.

[3] Envision prétend avoir réussi à contourner l’exigence. En particulier, Envision fait valoir que cette exigence ne s’applique que lorsque « les biens » appartenant aux sociétés fusionnantes deviennent sans exception des biens de la société issue de la fusion. Selon Envision, comme certains biens ont été vendus au moment précis de la fusion, cette condition préalable au transfert des attributs fiscaux n’était pas remplie.

[4] La fusion est une création de la loi. Pour les motifs qui suivent, je conclus qu’Envision ne pouvait se soustraire à l’application de la *LIR* en vendant certains biens au moment de la fusion, parce que le respect des conditions prévues par cette loi découle automatiquement de l’application de la loi provinciale autorisant la fusion. La fusion satisfait donc aux conditions nécessaires au transfert des attributs fiscaux au titre de la *LIR*. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[5] Le 1^{er} janvier 2001, deux caisses de crédit de la Colombie-Britannique, Delta Credit Union (« Delta ») et First Heritage Savings Credit Union (« First Heritage ») (collectivement appelées les « caisses remplacées ») ont fusionné pour former Envision. L’unification n’était pas motivée par des raisons fiscales; l’opération a toutefois été structurée de manière à donner la meilleure issue fiscale possible.

[6] La fusion a été effectuée sous le régime de la *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 82 (« *CUIA* »). Aux termes de cette loi, les

credit union is a continuation of the predecessor credit unions: ss. 20(1) and 23(a). The amalgamated credit union is “seized of” all the property and liabilities of its predecessors: s. 23(b). The relevant provisions of the *CUIA* and the *ITA* are in the attached Appendix.

[7] Under the *ITA*, there are two types of amalgamations. “Qualifying amalgamations” are those that meet the requirements in s. 87 of the *ITA*. Once the s. 87 requirements are met, the *ITA* provides for the flow-through of various tax attributes while deeming a new taxation year and prohibiting the flow-through of other tax attributes. All other amalgamations, which are sometimes called “statutory amalgamations” or “non-qualifying amalgamations”, are outside the scope of s. 87. The tax consequences of non-qualifying amalgamations are not specified in the *ITA* and therefore must be determined using the other provisions of the *ITA*, where relevant, other relevant statutes and the common law.

[8] A qualifying amalgamation under s. 87 of the *ITA* has three basic requirements:

- (a) all of the property of the predecessor corporations immediately before the merger must become property of the amalgamated corporation (sometimes called “Amalco”) by virtue of the merger;
- (b) all of the liabilities of the predecessor corporations immediately before the merger must become liabilities of Amalco by virtue of the merger; and
- (c) all of the shareholders, who owned shares of the capital stock of any predecessor corporation immediately before the merger, must receive shares of the capital stock of Amalco because of the merger.

[9] In this case, Delta and First Heritage attempted to avoid the application of s. 87 and

caisses remplacées se prorogent en la caisse issue de la fusion (par. 20(1) et al. 23a)). La caisse issue de la fusion [TRADUCTION] « entre en possession » des biens et « prend en charge » les engagements des caisses remplacées (al. 23b)). Les dispositions législatives applicables de la *CUIA* et de la *LIR* sont reproduites en annexe.

[7] Il existe deux types de fusions sous le régime de la *LIR*. La « fusion admissible » est celle qui respecte les prescriptions de l’art. 87 de la *LIR*. Dès lors qu’il est satisfait à ces prescriptions, la *LIR* prévoit le transfert de divers attributs fiscaux et, en même temps, elle détermine le début de la nouvelle année d’imposition et interdit le transfert d’autres attributs fiscaux. Toute autre fusion appartient à l’autre type, parfois appelé « fusion légale » ou « fusion non admissible », qui n’est pas visé par l’art. 87. Les conséquences fiscales d’une fusion non admissible ne sont pas prévues dans la *LIR*; elles doivent donc être établies à l’aide des autres dispositions pertinentes de la *LIR*, s’il y a lieu, des autres lois applicables et de la common law.

[8] Une fusion admissible au titre de l’art. 87 de la *LIR* doit répondre aux trois exigences fondamentales suivantes :

- a) les biens appartenant aux sociétés remplacées immédiatement avant l’unification doivent devenir des biens de la société issue de la fusion en vertu de l’unification;
- b) les engagements des sociétés remplacées existant immédiatement avant l’unification doivent devenir des engagements de la société issue de la fusion en vertu de l’unification;
- c) les actionnaires qui possédaient des actions du capital-actions d’une société remplacée immédiatement avant l’unification doivent recevoir des actions du capital-actions de la société issue de la fusion en raison de l’unification.

[9] En l’espèce, Delta et First Heritage ont tenté de contourner l’application de l’art. 87 et de

engage in a non-qualifying amalgamation by having the beneficial interest in certain real properties that were surplus to their business needs (the “surplus properties”) pass at the moment of amalgamation from the predecessors to a recently created subsidiary, 619547 B.C. Ltd. (“619”). In exchange for those surplus properties, 619 issued shares to the predecessors, which then flowed through to Envision as a result of the amalgamation. Upon amalgamation, Envision retained the legal title to the surplus properties as a bare trustee, but the beneficial interest was vested in 619.

[10] Envision took the position that its amalgamation was not a qualifying amalgamation because not *all* of the property of the predecessors had passed to Envision. Specifically, the beneficial ownership of the surplus properties passed to 619 and did not flow through to Envision. While shares of 619 flowed to Envision, ownership of shares does not mean that Envision owned the property of 619: A.F., at para. 68, footnote 49. The provisions in s. 87 that provide for the flow-through of various tax attributes did not apply because all of the property of the predecessors did not flow through to Envision.

[11] Two particular tax attributes are at issue in this appeal: capital cost allowance (“CCA”) and the preferred rate amount (“PRA”). The specific details of how the PRA functions are not important to this appeal. It is sufficient to know that the PRA is an amount used to calculate a PRA tax credit and, as a general matter, it is preferable for taxpayers to have a lower PRA. The PRA tax credit has the effect of increasing the amount of income that is taxed at what is effectively the lower small business tax rate.

[12] Envision says that as a result of the non-qualifying merger, its PRA was reset to zero, which would have the effect of potentially increasing its ability to claim the PRA tax credit. Although Envision filed its tax returns in accordance with this assumption, it is undisputed that the PRA reset did not benefit it in the tax years relevant to this

procéder à une fusion non admissible en transférant, au moment de la fusion, l’intérêt bénéficiaire à l’égard de certains biens réels qui excédaient leurs besoins commerciaux (les « biens excédentaires ») à une filiale nouvellement créée, 619547 B.C. Ltd. (« 619 »). En échange de ces biens excédentaires, 619 a émis des actions en faveur des caisses remplacées, qui ont été transférées à Envision par suite de la fusion. Dès la fusion, Envision conservait le titre juridique sur les biens excédentaires en tant que nue-fiduciaire, alors que l’intérêt bénéficiaire était conféré à 619.

[10] Selon Envision, la fusion dont elle est issue ne constituait pas une fusion admissible parce que les biens des caisses remplacées n’étaient pas *tous* devenus ses biens. Plus particulièrement, la propriété effective des biens excédentaires avait été dévolue à 619 et n’avait pas été transférée à Envision. Certes, les actions de 619 ont été transférées à Envision, mais bien qu’Envision fut propriétaire des actions, elle n’était pas propriétaire des biens de cette société (m.a., par. 68, note de bas de page 49). Les dispositions de l’art. 87 relatives au transfert de divers attributs fiscaux ne s’appliqueraient pas parce que les biens appartenant aux caisses remplacées n’ont pas tous été transférés à Envision.

[11] Deux attributs fiscaux particuliers sont en cause dans le présent pourvoi : la déduction pour amortissement (« DPA ») et le montant imposable à taux réduit (« MITR »). Les détails de l’application du MITR importent peu en l’espèce. Il suffit de savoir que le MITR sert à calculer le crédit d’impôt qui s’y rapporte et que, de façon générale, un MITR faible est préférable pour les contribuables. Le crédit d’impôt relatif au MITR accroît la tranche de revenu assujettie au taux d’imposition inférieur applicable aux petites entreprises.

[12] Envision prétend que la fusion non admissible a eu pour effet de ramener le MITR à zéro dans son cas, et elle était ainsi peut-être davantage en mesure de demander le crédit d’impôt relatif au MITR. Bien qu’Envision ait produit ses déclarations de revenus en partant de cette hypothèse, il n’est pas contesté que la remise à zéro du MITR ne lui

appeal. Nevertheless, the PRA was the reason that the decision was made to pursue a non-qualifying amalgamation. Envision also took the position that the CCA deductions taken by its predecessors were reset upon amalgamation, although it says it adopted this position only for the purpose of “consistency” with its treatment of the PRA.

[13] CCA is, of course, widely known in the legal and accounting communities. However, a brief explanation may be helpful for the discussion that follows. CCA is a business deduction that reflects the fact that while the costs of acquiring certain depreciable capital assets (like buildings, equipment, vehicles etc.) are incurred in one taxation year, the assets are in fact used over a period of years. Under the CCA scheme, assets are grouped in classes according to their type.

[14] Each year, a taxpayer is permitted to deduct a percentage (assigned by the *ITA* for each class) of the undepreciated capital cost (“UCC”) of each class. This amount that is deducted is what is called the CCA. The starting UCC for each class is determined based on the actual cost to the taxpayer of acquiring the assets in that class. Each year, the UCC is reduced based on the CCA that the taxpayer has claimed in that taxation year.

[15] Consistent with its position that its PRA had been reset by the amalgamation, Envision argued that since any CCA claimed by the predecessor credit unions did not flow through to Envision, the opening balance of their UCC account could be reset to the actual original capital cost of the assets. This would permit Envision to claim the same CCA already claimed by the predecessor credit unions. This “reset” meant that the UCC of Envision was set at approximately \$51 million, the original cost of the assets to the predecessor credit unions, rather than approximately \$20 million which was the total of the UCC balances of the two predecessor credit unions at the time of amalgamation.

a pas bénéficié au cours des années d'imposition en cause en l'espèce. Quoi qu'il en soit, c'est en raison du MITR qu'il avait été décidé de procéder à une fusion non admissible. Envision fait également valoir que les DPA demandées par les caisses remplacées avaient aussi été ramenées à zéro lors de la fusion; elle affirme toutefois avoir adopté ce point de vue uniquement par souci de « cohérence » entre son traitement du MITR et celui des DPA.

[13] La DPA est bien entendu très connue des milieux juridiques et comptables. Une brève explication de cette notion pourrait toutefois être utile pour l'analyse qui va suivre. La DPA est une déduction accordée aux entreprises qui tient compte du fait que, bien que les coûts d'acquisition de certains actifs immobilisés amortissables (bâtiments, équipement, véhicules, etc.) soient engagés au cours d'une année d'imposition donnée, leur utilisation s'étale en fait sur plus d'une année. Dans le régime applicable aux DPA, les actifs sont classés par catégories selon leur type.

[14] Chaque année, les contribuables peuvent déduire un pourcentage (prévu par la *LIR* pour chaque catégorie) de la fraction non amortie du coût en capital (« FNACC ») des actifs de chaque catégorie. Le montant déduit est ce qu'on appelle la DPA. La FNACC initiale pour chaque catégorie est établie en fonction du coût réel d'acquisition par le contribuable des actifs de la catégorie. Chaque année, la FNACC est réduite en fonction de la DPA demandée par le contribuable pour cette année d'imposition.

[15] Partant de sa thèse selon laquelle, par suite de la fusion, le MITR était ramené à zéro dans son cas, Envision soutient que comme les DPA demandées par les caisses remplacées n'avaient pas été transférées à Envision, la FNACC pouvait être fixée au coût en capital initial des actifs. Ainsi, Envision serait en mesure de réclamer les montants de DPA qu'avaient déjà demandé les caisses remplacées. Par suite de ce nouveau calcul, la FNACC d'Envision était établie à environ 51 millions de dollars, soit le coût initial des actifs des caisses remplacées, plutôt qu'à environ 20 millions de dollars, soit le total du solde de la FNACC des deux caisses remplacées au moment de la fusion.

[16] The Minister reassessed Envision for the years 2001, 2002, 2003 and 2004 on the basis that the PRA and the UCC should flow through from the predecessors to Envision. Envision appealed these reassessments.

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada, 2010 TCC 576, 2010 D.T.C. 1399*

[17] At the Tax Court, Webb J. (as he then was) concluded that s. 87 did not apply to this amalgamation. He found that the predecessors had the legal capacity to sell the surplus properties at the same time as the amalgamation, since the predecessors' legal personalities were continued under the relevant legislation. He considered the effect of the *CUIA* and concluded that since s. 20(2) provided that parties to an amalgamation can specify the manner of carrying the amalgamation into effect, it was open to the predecessors to agree that certain property would not become the property of Envision at the time of amalgamation. Essentially, he found that while s. 23(b) stated that all property of the predecessors becomes property of the amalgamated credit union, that was a default rule that the predecessors could (and in this case did) contract out of. As a result, he held that s. 87 did not apply to this amalgamation.

[18] Webb J. then considered the tax consequences of a non-qualifying amalgamation. He found that this Court's decision in *R. v. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1975] 1 S.C.R. 411, applied to this amalgamation with the effect that Envision, deemed by statute to be a continuation of its predecessors, could not argue that no CCA had been claimed by the predecessors. *Black and Decker* requires that amalgamated corporations created under the continuation model of amalgamation "continue without subtraction" of the predecessors (p. 422). The *CUIA* provides for a continuation model of amalgamation and therefore it was

[16] Le ministre a établi de nouvelles cotisations à l'égard d'Envision pour 2001, 2002, 2003 et 2004 au motif que le MITR et la FNACC des caisses remplacées devaient être transférés à Envision. Envision a interjeté appel de ces nouvelles cotisations.

III. Historique judiciaire

A. *Cour canadienne de l'impôt, 2010 CCI 576 (CanLII)*

[17] Le juge Webb (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) de la Cour de l'impôt a conclu que l'art. 87 ne s'appliquait pas à la fusion en l'espèce. Les caisses remplacées avaient à son avis la capacité juridique de vendre les biens excédentaires au moment de la fusion, puisqu'elles se prorogeaient en tant que personnes morales en application des dispositions législatives pertinentes. Selon lui, puisque le par. 20(2) de la *CUIA* prévoit la possibilité pour les parties à une fusion d'indiquer les conditions de réalisation de la fusion, il était loisible aux caisses remplacées de convenir que certains biens ne deviendraient pas des biens d'Envision au moment de la fusion. En substance, il a conclu que, même si, aux termes de l'al. 23b), tous les biens appartenant aux caisses remplacées deviennent des biens de la caisse issue de la fusion, il s'agit là d'une règle applicable par défaut à laquelle les caisses remplacées peuvent (comme elles l'ont fait en l'espèce) se soustraire par contrat. En conséquence de quoi, il a statué que l'art. 87 ne s'appliquait pas à la fusion en l'espèce.

[18] Le juge Webb s'est ensuite penché sur les conséquences fiscales d'une fusion non admissible. Il a conclu que l'arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1975] 1 R.C.S. 411, s'appliquait de sorte qu'Envision, qui était réputée par la loi proroger les caisses remplacées, ne pouvait prétendre qu'aucune DPA n'avait été demandée par ces dernières. Suivant l'arrêt *Black and Decker*, les sociétés remplacées « subsiste[nt] dans leur intégralité » au sein de la société issue de la fusion créée selon le modèle de la prorogation (p. 422). La *CUIA* prévoit la fusion suivant ce modèle; il n'était

not open to Envision to adopt only the original capital cost of the assets that it received from its predecessors and not also the CCA deducted on those assets.

[19] Webb J. also rejected the argument that the provincial *CUIA* could not impact how taxes were calculated under the federal *ITA*. He concluded that simply because applying *Black and Decker* to the facts of this case would generate the same result as s. 87, this was not a reason to reach a different result. Therefore, the UCC of Envision had to be reduced based on the CCA previously claimed by the predecessors.

[20] Finally, Webb J. held that the Minister's attempt to reassess Envision's 2001 return was statute barred. This conclusion was not appealed by the Minister.

B. *Federal Court of Appeal, 2011 FCA 321, 425 N.R. 261*

[21] The Court of Appeal found that s. 87 applied to this amalgamation because the property owned by the predecessors (the surplus properties) could be traced into property owned by Envision (the shares of 619). The amalgamation merely changed the form in which Envision held ownership of the surplus properties since the surplus properties were in effect converted into shares of 619.

[22] The Court of Appeal also found that the Tax Court was correct that *Black and Decker* had the effect of requiring Envision to adopt the combined UCC balances of its two predecessors even if the amalgamation was not a qualifying one.

IV. Issues

[23] This appeal raises three questions:

(1) Was the Envision amalgamation a qualifying amalgamation under s. 87 of the *ITA*?

donc pas loisible à Envision d'adopter uniquement le coût en capital initial des actifs qu'elle avait reçus des caisses remplacées sans faire siennes également les DPA demandées à l'égard de ceux-ci.

[19] Le juge Webb a également rejeté l'argument selon lequel la *CUIA*, une loi provinciale, n'avait aucune incidence sur le calcul de l'impôt sous le régime de la *LIR*, une loi fédérale. Selon lui, le simple fait que l'application de l'arrêt *Black and Decker* aux faits de l'espèce arrive au même résultat que celle de l'art. 87 ne justifiait pas qu'on opte pour un résultat différent. En conséquence, la FNACC d'Envision devait être réduite en fonction des DPA déjà demandées par les caisses remplacées.

[20] Enfin, le juge Webb a conclu que la nouvelle cotisation établie par le ministre à l'égard d'Envision pour 2001 était prescrite. Le ministre n'a pas interjeté appel de cette conclusion.

B. *Cour d'appel fédérale, 2011 CAF 321 (CanLII)*

[21] La Cour d'appel fédérale a conclu que l'art. 87 s'appliquait à la fusion en l'espèce parce que les biens appartenant aux caisses remplacées (les biens excédentaires) pouvaient être rattachés aux biens appartenant à Envision (les actions de 619). La fusion n'avait fait que modifier la forme du droit de propriété détenu par Envision sur les biens excédentaires, ceux-ci ayant en fait été convertis en actions de 619.

[22] La Cour d'appel a également souscrit à la conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle l'arrêt *Black and Decker* avait pour effet d'obliger Envision à adopter le solde combiné de la FNACC des deux caisses remplacées même s'il s'agissait d'une fusion non admissible.

IV. Questions en litige

[23] Le présent pourvoi soulève trois questions :

(1) La fusion ayant donné naissance à Envision constituait-elle une fusion admissible au titre de l'art. 87 de la *LIR*?

- | | |
|--|--|
| <p>(2) If the Envision amalgamation was not a qualifying amalgamation, how should Envision's UCC and PRA be calculated?</p> <p>(3) If the Envision amalgamation was not a qualifying amalgamation and the <i>ITA</i> otherwise permits Envision to reset its UCC and PRA without reference to its predecessors, is the general anti-avoidance rule applicable to deny Envision the tax benefit flowing from that conclusion?</p> | <p>(2) Si la fusion ayant donné naissance à Envision constituait une fusion non admissible, comment faut-il calculer la FNACC et le MITR?</p> <p>(3) Si la fusion ayant donné naissance à Envision constituait une fusion non admissible et que la <i>LIR</i> autorise par ailleurs Envision à calculer la FNACC et le MITR sans égard aux déductions réclamées par les caisses remplacées, la règle générale anti-évitement s'applique-t-elle pour empêcher Envision d'obtenir l'avantage fiscal découlant de cette conclusion?</p> |
|--|--|

[24] In view of my conclusion described below, that this was a qualifying amalgamation, it is not necessary for the Court to answer questions 2 and 3. As a result, it is not necessary to address whether the flow-through of tax attributes following a non-qualifying amalgamation is governed by *Black and Decker*, as held by the courts below. I leave this question for another day.

[24] Vu la conclusion exposée ci-dessous selon laquelle il s'agit d'une fusion admissible, point n'est besoin pour la Cour de répondre aux autres questions. Il n'est donc pas nécessaire de trancher la question de savoir si le transfert des attributs fiscaux à la suite d'une fusion non admissible est, comme l'ont affirmé les juridictions inférieures, régi par l'arrêt *Black and Decker*. Je remets l'examen de cette question à une autre occasion.

V. Analysis

V. Analyse

[25] In my view, the requirements of s. 87 are satisfied by this amalgamation because Envision was seized of the surplus properties at the moment of amalgamation. Therefore, the amalgamation was a qualifying amalgamation. In reaching this conclusion, I am guided by the provisions of the *CUIA*, the terms of the amalgamation agreement and the terms of the agreements for the sale of the surplus properties. I conclude that it was not open to the parties, by virtue of the *CUIA*, to have some property that belonged to the predecessors not become property of Envision by virtue of the amalgamation.

[25] À mon avis, la fusion en l'espèce satisfait aux prescriptions de l'art. 87 parce qu'Envision est entrée en possession des biens excédentaires au moment de la fusion. Il s'agit donc d'une fusion admissible. Pour tirer cette conclusion, je me fonde sur les dispositions de la *CUIA*, le libellé de la convention de fusion et le libellé des conventions de vente des biens excédentaires. À mon avis, la *CUIA* ne permet pas aux parties de prévoir que certains biens appartenant aux caisses remplacées ne deviennent pas des biens d'Envision lors de la fusion.

A. *Section 23 of the CUIA*

A. *Article 23 de la CUIA*

[26] Section 23 of the *CUIA* has not previously been interpreted by this Court. Indeed, to my knowledge, prior to these proceedings, this section had never been interpreted by a court. In terms of authority, this Court has only the benefit of the reasons of the courts below. Although no doubt assisted by those reasons, this Court is

[26] C'est la première fois que la Cour interprète l'art. 23 de la *CUIA*. En effet, à ma connaissance, avant le présent pourvoi, aucun tribunal n'avait encore été appelé à interpréter cette disposition. La Cour dispose pour toute source des motifs des juridictions inférieures en l'espèce. Bien qu'ils puissent lui être utiles, la Cour n'est pas liée par les

not bound by the decisions of the Tax Court on questions of statutory interpretation. While I am mindful of the reasons of Webb J., I reach the opposite conclusion as to the meaning and effect of s. 23(b) of the *CUIA*.

[27] Section 23(b) of the *CUIA* states:

23 On and after the date of the amalgamation . . .

. . . .

(b) the amalgamated credit union is seized of and holds and possesses all the property, rights and interests and is subject to all the debts, liabilities and obligations of each amalgamating credit union

This language provides that the result of an amalgamation under the *CUIA* is that the amalgamated credit union is the owner of all the property of its predecessors.

[28] The *CUIA* provides no deeming rule for determining at what time on the date of the amalgamation that amalgamation takes place, unlike the B.C. *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57, s. 279(b)(ii), which provides that if no *time* is specified for the amalgamation, it occurs at the beginning of the specified date. However, an amalgamation must take place at a particular time and not just on a particular date. In this case, the parties are in agreement that the moment of amalgamation was set in the amalgamation agreement as the commencement of January 1, 2001.

[29] Envision argues that credit unions can contract around the effect of s. 23(b) with respect to particular properties. To reach this conclusion, Envision relies on s. 20 of the *CUIA* which permits amalgamating credit unions to specify “the terms and conditions of the amalgamation” and “the manner of carrying the amalgamation into effect”. Envision argues that it is possible for predecessor credit unions to specify that certain property will not be subject to the rule in s. 23(b) and will instead pass to a third party, at the exact moment

jugements rendus par la Cour de l’impôt en matière d’interprétation législative. J’ai lu attentivement les motifs du juge Webb, mais j’arrive à la conclusion contraire quant à l’interprétation qu’il faut donner à l’al. 23b) de la *CUIA* et à ses effets.

[27] L’alinéa 23b) de la *CUIA* est rédigé en ces termes :

[TRADUCTION]

23 À compter de la date de la fusion . . .

. . . .

b) la caisse issue de la fusion entre en possession des biens, droits et intérêts et prend en charge les dettes, engagements et obligations de chaque caisse fusionnante

Vu le libellé de cette disposition, par suite d’une fusion sous le régime de la *CUIA*, la caisse issue de la fusion devient propriétaire de tous les biens des caisses remplacées.

[28] Contrairement à la *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2002, ch. 57, sous-al. 279b)(ii), qui prévoit que si l’*heure* de la fusion n’est pas fixée, la fusion a lieu au début du jour fixé pour celle-ci, la *CUIA* ne prévoit aucune présomption déterminant l’heure de la fusion. La fusion doit cependant avoir lieu à une heure précise, et non pas seulement à une date donnée. En l’espèce, les parties s’entendent pour dire que, suivant la convention de fusion, la fusion était réalisée à la première heure le 1^{er} janvier 2001.

[29] Envision soutient que les caisses de crédit peuvent soustraire par contrat certains biens à l’application de l’al. 23b). À l’appui de sa conclusion, Envision invoque l’art. 20 de la *CUIA* qui permet aux caisses fusionnantes d’indiquer [TRADUCTION] « les conditions de la fusion » et « la façon de réaliser la fusion ». Selon Envision, les caisses remplacées peuvent prévoir que certains biens ne seront pas assujettis à la règle énoncée à l’al. 23b) et seront plutôt transmis à un tiers au moment précis de la fusion. Envision fait valoir que

of amalgamation. Envision takes the position that s. 23(b) is only operative on property that the amalgamation agreement has not otherwise provided for. In this case, Envision argues, because the predecessor credit unions had agreed that the surplus properties would pass to 619, s. 23(b) could not cause Envision to be seized of those surplus properties.

[30] In my view, s. 23(b) is not a provision out of which amalgamating credit unions are permitted to contract. Instead, it is a mandatory provision that prescribes the consequences of an amalgamation under the *CUIA*.

[31] Credit unions in B.C. are not permitted to amalgamate except in accordance with the requirements of s. 20 of the *CUIA*. Section 20(2)(a)(ii) permits predecessors to set the terms and conditions of amalgamation. However, s. 23 describes the effects of a s. 20 amalgamation. While s. 20 empowers predecessor credit unions to set terms and conditions of amalgamation, those terms and conditions cannot contradict or override the automatic consequences of amalgamation specified in s. 23 of the *CUIA*. Nothing in s. 20 expressly provides authority for amalgamating credit unions to set their own effects or consequences of amalgamation with respect to assets or liabilities. These effects of amalgamation are provided for in s. 23.

[32] In this respect, I am in agreement with Cromwell J. Section 20 describes the conditions for an amalgamation. Section 23 describes the effects. I also agree that this is the structure that the *CUIA* adopts with respect to acquisitions in ss. 16-18. However, I cannot see how this distinction between effects and conditions of amalgamation raises doubts for my colleague about the conclusion that parties cannot contract out of the effects of s. 23(b).

[33] To permit amalgamating credit unions to contract out of s. 23 of the *CUIA* would undermine the statutory scheme constructed by the legislature. Nothing in s. 20 or s. 23 of the *CUIA* permits amalgamating credit unions to contract out of any of the

l'al. 23b) ne s'applique qu'aux biens dont il n'est pas disposé autrement dans la convention de fusion. Envision prétend qu'elle ne pouvait être entrée en possession des biens excédentaires en application de l'al. 23b), parce que les caisses remplacées avaient convenu que ces biens seraient transmis à 619.

[30] À mon avis, l'al. 23b) ne constitue pas une disposition à l'application de laquelle les caisses fusionnantes peuvent se soustraire par contrat. Il s'agit plutôt d'une disposition impérative qui établit les conséquences d'une fusion sous le régime de la *CUIA*.

[31] Les caisses de crédit en Colombie-Britannique ne peuvent fusionner qu'en conformité avec l'art. 20 de la *CUIA*. Le sous-alinéa 20(2)a)(ii) autorise les caisses remplacées à fixer les conditions de la fusion tandis que l'art. 23 décrit les conséquences de la fusion. Bien que l'art. 20 habilite les caisses remplacées à fixer les conditions de la fusion, ces dernières ne peuvent contredire ou contourner les conséquences automatiques de la fusion prévues à l'art. 23 de la *CUIA*. Rien à l'art. 20 ne permet expressément aux caisses fusionnantes de choisir les effets ou conséquences de la fusion sur leurs biens ou engagements. Les effets de la fusion sont énoncés à l'art. 23

[32] À cet égard, je souscris à l'avis du juge Cromwell. L'article 20 décrit les conditions de la fusion; l'art. 23 en décrit les effets. Je conviens également que cette même structure est reprise à l'égard des acquisitions aux art. 16-18. Or, je ne puis voir pourquoi cette distinction entre les effets et les conditions de la fusion empêche mon collègue de conclure que les parties ne peuvent se soustraire par contrat aux effets de l'al. 23b).

[33] Permettre aux caisses fusionnantes de se soustraire par contrat à l'application de l'art. 23 de la *CUIA* affaiblirait le régime établi par le législateur. Rien à l'art. 20 ni à l'art. 23 de cette loi ne permet aux caisses fusionnantes de se soustraire

express statutory consequences of an amalgamation, and there is no independent common law power that permits credit unions to amalgamate in a manner that would contradict the terms of the *CUIA*.

[34] Cromwell J. relies on the fact that the other paragraphs in s. 23 contain explicit references to the amalgamation agreement: “. . . the amalgamating credit unions are amalgamated and are continued as one credit union under the name and with the constitution and rules provided in the amalgamation agreement” (s. 23(a)); “every member and auxiliary member of each amalgamating credit union is bound by the amalgamation agreement” (s. 23(c)). He suggests that because these paragraphs adopt the terms of the amalgamation agreement, somehow the same thing should hold true for s. 23(b) where there is no reference to the terms of the amalgamation agreement. With respect, I cannot see how the explicit adoption of the amalgamation agreement in s. 23(a) can assist in reaching the same conclusion for s. 23(b) where there is no such language. If anything, it suggests the opposite conclusion: that the consequences prescribed by s. 23(b) cannot be altered by the terms of the amalgamation agreement. Nor does s. 23(c), which simply makes the amalgamation agreement binding on the members of the credit unions, suggest that the terms of the amalgamation agreement may be inconsistent with s. 23(b).

[35] The policy reasons of the legislature for not permitting contracting out of the effects of s. 23 can easily be understood. Protection for creditors is a key issue in an amalgamation. If Envision’s reading of the statute were correct, there would be no reason that predecessor credit unions could not also opt out of the effect of s. 23(b) in respect of liabilities, by specifying that liabilities or obligations should not pass to the amalgamated credit union. This would be an untenable result. Amalgamations are not intended to permit corporations to split liabilities from assets. The role of s. 23(b) as a protection for creditors is even more important because the *CUIA* does not contain specific provisions that protect

par contrat aux conséquences de la fusion expressément prévues par la loi, et il n’existe aucun pouvoir indépendant en common law en vertu duquel des caisses de crédit pourraient fusionner autrement que conformément au libellé de la *CUIA*.

[34] Le juge Cromwell accorde de l’importance au fait que les autres alinéas de l’art. 23 renvoient expressément à la convention de fusion : [TRADUCTION] « . . . les caisses visées fusionnent et sont prorogées en une seule et même caisse sous la dénomination sociale et selon la constitution et les règles précisées dans la convention de fusion » (al. 23a)); « tout membre et membre auxiliaire de chacune des caisses fusionnantes est lié par la convention de fusion » (al. 23c)). Selon mon collègue, comme ces dispositions incorporent le libellé de la convention de fusion, il devrait en aller de même de l’al. 23b), qui est dépourvu de tout renvoi à la convention de fusion. Soit dit en tout respect, je ne saurais concevoir comment l’incorporation expresse de la convention de fusion à l’al. 23a) pourrait susciter la même conclusion quant à l’al. 23b), qui n’est pas rédigé suivant les mêmes termes. À la limite, cette incorporation expresse suggère la conclusion contraire, à savoir que les conséquences prescrites par l’al. 23b) ne sauraient être modifiées par le libellé de la convention de fusion. En outre, l’al. 23c), qui précise simplement que les membres des caisses sont liés par la convention de fusion, ne saurait porter à croire que le libellé de la convention de fusion puisse être non conforme à l’al. 23b).

[35] Les raisons de principe pour lesquelles le législateur ne permet pas que l’on se soustraie par contrat à l’application de l’art. 23 sont faciles à comprendre. La protection des créanciers est un enjeu clé lors d’une fusion. Si l’interprétation donnée par Envision à la loi était correcte, rien n’empêcherait alors les caisses remplacées de se soustraire également aux effets de l’al. 23b) en précisant que les engagements et obligations ne deviennent pas ceux de la caisse issue de la fusion. Un tel résultat serait insoutenable. La fusion ne saurait permettre à une société de dissocier le passif de l’actif. Le rôle de protection des créanciers que joue l’al. 23b) est d’autant plus important que,

the interests of creditors as does the B.C. *Business Corporations Act*.

[36] I agree with Cromwell J. that regulatory approval is required for credit unions to amalgamate and that credit unions operate in a highly regulated environment. However, the statutory obligation of the regulator in approving an amalgamation agreement is to determine whether the amalgamation agreement is “contrary to the interests of one or more of the amalgamating credit unions or its or their members”: *CUIA*, s. 20(3)(b). While the regulator may be interested in the protection of creditors, this is not the focus of the regulatory approval process. Section 23(b), then, remains as an important element of creditor protection.

[37] By virtue of s. 23(b), therefore, Envision was seized of the surplus properties at the exact moment of amalgamation. This caused the condition in s. 87(1)(a) of the *ITA* to be fulfilled. All of the property of the predecessors was property of Envision by virtue of the merger.

[38] Envision argues that this interpretation would render the requirements with respect to property and liabilities in s. 87 of the *ITA* redundant because it would be impossible to fail to meet them, as effectively all corporate amalgamation statutes in Canada provide for continuity in respect of assets and liabilities. While this may be the case now, at any time, corporate law statutes could be amended to alter those provisions. The fact that the two conditions in the *ITA* will always be fulfilled because of current corporate law provisions does not require a different interpretation to be given to those corporate law statutes. The *ITA* exists to impose tax consequences based on corporate law; it does not exist to cause those corporate laws to be interpreted differently.

contrairement à la *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique, la *CUIA* ne comporte aucune disposition protégeant expressément les droits des créanciers.

[36] Je suis d'accord avec le juge Cromwell pour dire que la fusion de caisses doit être approuvée conformément aux prescriptions réglementaires et que les caisses sont régies par un cadre hautement réglementé. Cependant, l'organisme de réglementation qui approuve la convention de fusion est tenu par la loi de déterminer si cette dernière est [TRADUCTION] « contraire aux intérêts d'une ou de plusieurs caisses fusionnantes ou de ses membres » (*CUIA*, al. 20(3)b)). Il se peut que l'organisme de réglementation se préoccupe de la protection des créanciers, mais ce n'est pas là l'objet du processus d'approbation. L'alinéa 23b) demeure donc un élément important permettant d'assurer la protection des créanciers.

[37] En application de l'al. 23b), Envision est donc entrée en possession des biens excédentaires au moment précis de la fusion. La condition prévue à l'al. 87(1)a) de la *LIR* était par le fait même remplie. Les biens appartenant aux caisses remplacées sont devenus des biens appartenant à Envision en vertu de l'unification.

[38] Envision soutient que, suivant cette interprétation, les prescriptions relatives aux biens et aux engagements prévues à l'art. 87 de la *LIR* seraient redondantes, parce qu'il serait impossible d'y manquer vu que, dans les faits, toutes les lois sur les fusions de sociétés au Canada comportent des dispositions assurant la continuité à l'égard des actifs et des engagements. Si c'est le cas à l'heure actuelle, ces dispositions sont susceptibles de modification à tout moment. Ce n'est pas parce que le jeu des dispositions actuelles des lois sur les sociétés emporte nécessairement le respect des deux conditions de la *LIR* qu'il faut donner à ces lois une autre interprétation. La *LIR* a pour objet d'établir des conséquences fiscales compte tenu des principes du droit des sociétés et non pas de permettre une interprétation différente de ces lois.

[39] The Envision amalgamation was a qualifying amalgamation. Subsections 87(2)(d) and 137(4.3)(b), the provisions of the *ITA* that provide for the flow-through of CCA and PRA, apply and Envision's tax attributes must be adjusted accordingly.

[40] Cromwell J. argues that the s. 23(b) analysis is unnecessary. However, it was the basis on which this appeal was argued both in this Court and in the courts below. The parties made submissions on the meaning and effect of these sections of the *CUIA*. While my colleague suggests that this result will create significant practical problems in other cases, I cannot see any advantage to declining to decide an issue after a full appeal process and complete submissions of the parties. Indeed, to the extent that practical problems should guide judicial decision making, I think those factors suggest that this Court decide this matter now rather than leaving the matter unresolved and therefore uncertain.

B. *Effect of the Amalgamation and Purchase and Sale Agreements*

[41] The above analysis is sufficient to resolve the tax issue in this case, because s. 23(b) of the *CUIA* caused the conditions in s. 87 of the *ITA* to be fulfilled. Nonetheless, Envision raises the issue of the effectiveness of the amalgamation agreement which Envision argues was the mechanism by which s. 23(b) was circumvented. Envision argues that if it was not possible for Envision to structure its affairs so that the surplus properties did not become property of Envision, the amalgamation agreement between the predecessor credit unions might be invalid (appellant's reply factum, at para. 18).

[42] To the extent that Envision is arguing that the Court's interpretation of s. 23(b) of the *CUIA* and s. 87 of the *ITA* should turn on the effect it would have on these parties' private transaction, I would not give effect to that argument. Tax consequences which flow from the application of tax law

[39] La fusion ayant donné naissance à Envision constitue une fusion admissible. Les alinéas 87(2)d) et 137(4.3)b), soit les dispositions de la *LIR* qui prévoient le transfert des DPA et du MITR, s'appliquent, et les attributs fiscaux d'Envision doivent être rajustés en conséquence.

[40] Selon le juge Cromwell, l'analyse fondée sur l'al. 23b) n'est pas nécessaire. Or, c'est sur ce fondement que la présente affaire a été plaidée devant notre Cour et devant les juridictions inférieures. Les parties ont présenté des arguments sur l'interprétation et l'effet de ces dispositions de la *CUIA*. Bien que mon collègue laisse entendre qu'un tel résultat aura pour effet de créer des problèmes non négligeables sur le plan pratique dans d'autres cas, je ne crois pas qu'il y ait quelque avantage à refuser de trancher une question après l'instruction complète d'un appel et l'audition de l'ensemble des plaidoiries des parties. En effet, dans la mesure où l'existence de problèmes sur le plan pratique doit guider les décisions judiciaires, j'estime que les présents facteurs appellent la Cour à trancher maintenant, pour éviter que la question demeure en suspens, et le droit à cet égard incertain.

B. *Effets de la fusion et des conventions d'achat et de vente*

[41] L'analyse qui précède suffit pour trancher la question fiscale en l'espèce, parce que l'application de l'al. 23b) de la *CUIA* emporte le respect des conditions énoncées à l'art. 87 de la *LIR*. Envision soulève toutefois la question de l'effet utile de la convention de fusion, qui, à son avis, permettait de contourner l'al. 23b). Selon Envision, s'il lui était impossible d'organiser ses affaires de sorte que les biens excédentaires ne deviennent pas des biens lui appartenant, la convention de fusion entre les caisses remplacées était peut-être invalide (mémoire en réplique de l'appelante, par. 18).

[42] Dans la mesure où Envision prétend que notre interprétation de l'al. 23b) de la *CUIA* et de l'art. 87 de la *LIR* devrait dépendre de l'effet de ces dispositions sur une opération privée entre les parties en cause, je suis d'avis de rejeter pareil argument. Les conséquences d'une loi fiscale ne

cannot be tailored to avoid negative corporate law consequences.

[43] I agree that the practical problems posed by potentially invalidating an amalgamation that has been operational for over 10 years could be significant. However, I am not convinced that such practical problems arise in this case. Despite the fact that Envision was seized of the surplus properties at the time of amalgamation, an outcome that the predecessors were trying to avoid, the sale agreements and the amalgamation agreement were still effective. As I explain below, the effect of those agreements was identical to the effect that the predecessors had planned for, with the sole exception of the tax consequences which could not have been achieved because of s. 23(b) of the *CUIA*.

(1) The Sale Agreements for the Surplus Properties

[44] While Envision has not directly raised the issue of the effectiveness of the agreements for purchase and sale, a proper understanding of the effect of these agreements is necessary to understand how the amalgamation agreement operated in this case.

[45] Two agreements were entered into to provide for the sale of the surplus properties. These agreements were structured so that the vendors were Delta and First Heritage. The agreements further provided that the sale of the surplus properties was to take place at the exact moment of the amalgamation as set out in the amalgamation agreement. Envision argues that since the vendors were the predecessors they were the parties that sold the surplus properties. Therefore Envision did not and could not have sold the properties to the subsidiary. I cannot agree.

[46] At the moment of amalgamation, the predecessors, Delta and First Heritage, no longer had separate legal personalities capable of fulfilling the terms of the sale agreements. While they were continued under the *CUIA*, they were continued inside Envision: *Black and Decker*, at p. 422. Any

sauraient être adaptées de manière à éviter des conséquences défavorables sur le plan du droit des sociétés.

[43] Je suis conscient que l'invalidation potentielle d'une fusion remontant à plus de 10 ans risque d'entraîner des problèmes pratiques importants. Je ne suis toutefois pas convaincu que c'est le cas en l'espèce. Même si Envision est entrée en possession des biens excédentaires au moment de la fusion — résultat que les caisses remplacées cherchaient à éviter —, les conventions de vente et la convention de fusion ont néanmoins produit les effets escomptés. Comme je l'expliquerai plus loin, ces conventions ont eu l'effet voulu par les caisses remplacées, à l'exception des conséquences fiscales auxquelles l'al. 23b) de la *CUIA* a fait obstacle.

(1) Les conventions de vente des biens excédentaires

[44] Bien qu'Envision n'ait pas invoqué directement l'effet utile des conventions d'achat et de vente, il est nécessaire de bien comprendre l'effet de ces conventions pour saisir l'application de la convention de fusion en l'espèce.

[45] Deux conventions ont été conclues eu égard à la vente des biens excédentaires. Elles identifiaient Delta et First Heritage à titre de vendeuses et fixaient la vente des biens excédentaires au moment précis de la fusion, prévu dans la convention de fusion. Selon Envision, les caisses remplacées, à titre de vendeuses, constituaient les parties qui avaient procédé à la vente des biens excédentaires. En conséquence, Envision n'avait pas vendu les biens à la filiale, et n'aurait pas pu le faire. Je ne suis pas d'accord.

[46] Au moment de la fusion, les caisses remplacées, Delta et First Heritage, avaient perdu la personnalité juridique distincte qui leur aurait permis de satisfaire aux conditions des conventions de vente. Bien que les caisses remplacées aient subsisté en application de la *CUIA*, elles ont

legal obligations that the predecessors had entered into that needed to be fulfilled, at or after the time of the amalgamation, had to be fulfilled by Envision. This is the effect of s. 23(b) of the *CUIA*, which causes the amalgamated credit union to be seized of all of the obligations of its predecessors on and after the moment of amalgamation. So, despite the fact that the agreements listed Delta and First Heritage as the vendors, at the moment of amalgamation, the vendor was Envision.

[47] This principle flows from this Court's decision in *Black and Decker*, at p. 418, where it was noted that under a continuation model of amalgamation, "upon amalgamation each constituent company loses its 'separate' existence but it by no means follows that it has thereby ceased to exist". From this understanding of amalgamation, it follows that contracts that were entered into in the names of the predecessor corporations are binding upon and must be fulfilled by the amalgamated entity, barring restrictions in those contracts to the contrary: *British Columbia Company Law Practice Manual* (2nd ed. 2007), vol. 1, at p. 11-7.

[48] Nothing in the agreements for the sale of the surplus properties prohibited them from being fulfilled upon an amalgamation. Indeed, the agreements specifically state that they are binding on Delta and First Heritage's successors. A corporation's successor is generally understood to include those corporations formed as a result of an amalgamation: *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009). Therefore, since at the moment of amalgamation, Delta and First Heritage had no separate existence and because the contracts for sale of the surplus properties were binding on Envision, those agreements were properly carried out by Envision at that time.

[49] The parties have characterized this case as being one of simultaneous transactions. While it is no doubt true that two things were happening at the same time (Envision being seized of all property by virtue of s. 23(b) and the surplus properties being sold by virtue of the sale agreements), the parties did not acknowledge the different nature of these

subsisté au sein d'Envision : *Black and Decker*, p. 422. C'est Envision qui devait s'acquitter de toutes les obligations juridiques contractées par elles et auxquelles il fallait satisfaire au moment de la fusion ou subséquemment. Tel est l'effet de l'al. 23b) de la *CUIA*, en vertu duquel la caisse issue de la fusion a pris en charge toutes les obligations des caisses remplacées à la date de la fusion. Même si les conventions identifiaient Delta et First Heritage à titre de vendeuses, au moment de la fusion, la vendeuse était Envision.

[47] Ce principe découle de l'arrêt *Black and Decker* où la Cour souligne, à la p. 418, que, suivant le modèle de la prorogation, « par la fusion chaque compagnie constituante perd son existence "distincte" mais il ne s'ensuit pas pour autant qu'elle a cessé d'exister ». Il découle d'une telle conception de la fusion que les contrats conclus au nom des sociétés remplacées lient la société issue de la fusion, qui doit les honorer, sauf clauses restrictives à l'effet contraire : *British Columbia Company Law Practice Manual* (2^e éd. 2007), vol. 1, p. 11-7.

[48] Rien dans les conventions relatives à la vente des biens excédentaires ne faisait obstacle au respect de celles-ci par suite d'une fusion. En fait, les conventions prévoient expressément qu'elles lient les sociétés remplaçant Delta et First Heritage. Les sociétés remplaçantes s'entendent généralement notamment de celles qui sont créées à l'issue d'une fusion (*Dictionnaire de la comptabilité* (3^e éd. 2011)). En conséquence, vu qu'au moment de la fusion, Delta et First Heritage étaient dépourvues d'existence distincte et que les conventions relatives à la vente des biens excédentaires liaient Envision, ces conventions ont été dûment exécutées par Envision au moment de la fusion.

[49] La présente affaire porte, selon les parties, sur des opérations simultanées. Bien qu'il ne fasse aucun doute que deux actions se produisaient en même temps (Envision entrant en possession des biens en application de l'al. 23b) et les biens excédentaires étaient vendus en application des conventions de vente), les parties n'ont pas

two events. The distinction is between a transaction *with respect to* the properties (the sale) and a larger transaction that *had an effect on* the properties (the amalgamation).

[50] When Envision was seized of the property, it was not by virtue of an agreement for purchase and sale. Envision's seizure of the property cannot be equated to a conveyance: *Black and Decker*, at p. 417. Instead, it is more appropriate to think of Envision's being seized of the assets of its predecessors as similar to changing the name of the legal owner. Distinguishing seizure from a conveyance makes sense given the adoption of the continuation model of amalgamation. A conveyance requires that the seller and the buyer be separate legal entities at the time of the transfer of the property. At the moment Envision was created, the predecessors ceased to have any independent legal existence, so there were not two parties capable of engaging in a conveyance. In this case, there was no point in time when Delta, First Heritage and Envision existed as separate legal entities such that Delta and First Heritage could convey their property to Envision. At the moment of amalgamation, only Envision continued to exist as a separate legal entity.

[51] No court has previously interpreted the phrase "is seized of" in the context of the *CUIA*. Similar language existed in s. 251 of the *Company Act*, R.S.B.C. 1996, c. 62, which governed corporate amalgamations. Interpretations of that section suggest that the language ought to be considered as analogous to the provisions that this Court interpreted in *Black and Decker: Manco Home Systems Ltd., Re*, 1989 CanLII 2819 (B.C.S.C.). As noted above, this Court in *Black and Decker* concluded that continuation model amalgamations are not transfers or conveyances of assets.

[52] At the moment that Envision was created, it was seized of the property and was immediately able to transact in relation to that property. Envision was therefore immediately able to and indeed required to fulfill the obligations of the predecessors, such as

reconnu la distinction entre elles, c'est-à-dire entre une opération *relative* aux biens (la vente) et une opération plus générale *ayant une incidence sur* les biens (la fusion).

[50] Envision n'est pas entrée en possession des biens conformément à une convention d'achat et de vente; l'opération ne saurait équivaloir à une cession : *Black and Decker*, p. 417. Elle est plutôt assimilée à un changement de la raison sociale du titulaire du droit de propriété. Il est logique de la distinguer de la cession des actifs, étant donné l'adoption du modèle de la prorogation pour les fusions. Dans le cadre d'une cession, le vendeur et l'acheteur doivent être des entités juridiques distinctes au moment du transfert du bien. À la création d'Envision, les caisses remplacées avaient perdu leur existence juridique distincte; il n'existait donc plus deux parties ayant la faculté de procéder à une cession. En l'espèce, Delta, First Heritage et Envision n'ont jamais coexisté comme entités juridiques distinctes, de sorte que les premières aient pu céder leurs biens à la dernière. Au moment de la fusion, la seule entité juridique distincte qui existait était Envision.

[51] Aucun tribunal n'a encore interprété les mots [TRADUCTION] « entre en possession » dans le contexte de la *CUIA*. Des termes semblables figuraient à l'art. 251 de la *Company Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 62, régissant les fusions de sociétés. Suivant les interprétations données à cette disposition, il convient d'assimiler ces termes à ceux des dispositions interprétées par notre Cour dans l'arrêt *Black and Decker (Manco Home Systems Ltd., Re)*, 1989 CanLII 2819 (C.S.C.-B.). Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour dans *Black and Decker* conclut que les fusions suivant le modèle de la prorogation ne constituent pas des transferts ni des cessions d'actifs.

[52] À sa création, Envision est entrée en possession des biens et pouvait dès lors en disposer. Elle s'est donc trouvée immédiatement en mesure — et effectivement tenue — de s'acquitter des obligations des caisses remplacées, comme celle de

the obligation to sell the surplus properties to 619. It follows that the agreements for the sale of the surplus properties were effective.

(2) The Amalgamation Agreement

[53] I now consider whether s. 23(b) renders any portion of the amalgamation agreement invalid. Part 6.1 of the amalgamation agreement between the predecessors provides:

As and from the Effective Time, Delta and First Heritage shall be amalgamated and shall continue as the Amalgamated Credit Union under the name and with the Constitution and Rules hereinbefore provided and the Amalgamated Credit Union shall, subject to Part 8 hereof, be seized of and shall hold and possess all of the property, rights and interests, and shall be subject to all debts, liabilities and obligations, of each of Delta and First Heritage . . . [Emphasis added; A.R., at p. 116.]

This provision, with the exception of the underlined text, simply repeats the effect of s. 23 of the *CUIA*. Part 8 provides that at the Effective Time, the predecessors will transfer certain surplus assets to a subsidiary.

[54] There is nothing in Part 8 that is inconsistent with the requirements of s. 23(b) of the *CUIA*. As described above in relation to the purchase and sale agreements for the surplus properties, it was open to the predecessors to make commitments that would be fulfilled at or after the time of amalgamation. However, at and after that time, the predecessors had no independent legal existence so actions undertaken to fulfil those commitments were undertaken by the amalgamated credit union, Envision.

[55] The statement in Part 6, that the seizure of the assets is “subject to Part 8”, must be interpreted in light of the meaning of Part 8. The effect of Part 8 is to commit the predecessors to selling the surplus properties at the moment of amalgamation. Nothing in Part 8 prevented Envision from being seized of the surplus properties upon amalgamation. Rather, it merely committed the predecessors and therefore Envision to making the sale.

vendre les biens excédentaires à 619. Il s’ensuit que les conventions relatives à la vente de ces biens ont produit leurs effets.

(2) La convention de fusion

[53] J’examine maintenant la question de savoir si l’al. 23b) invalide certaines parties de la convention de fusion. La partie 6.1 de la convention de fusion des caisses remplacées dispose :

[TRADUCTION] À la date de prise d’effet, Delta et First Heritage fusionnent et sont prorogées en une seule caisse issue de la fusion sous la dénomination sociale et en vertu des statuts constitutifs et règles énoncés ci-dessus, et, sous réserve de la partie 8 de la présente convention, la caisse issue de la fusion entre en possession des biens, droits et intérêts et prend en charge les dettes, engagements et obligations de Delta et de First Heritage . . . [Je souligne; d.a., p. 116.]

À l’exception du texte souligné, il s’agit là d’une simple répétition de l’effet prévu à l’art. 23 de la *CUIA*. La partie 8 prévoit qu’à la date de prise d’effet, les caisses remplacées transféreront certains biens excédentaires à une filiale.

[54] Rien dans la partie 8 n’est incompatible avec les prescriptions de l’al. 23b) de la *CUIA*. Comme nous l’avons vu relativement aux conventions de vente et d’achat des biens excédentaires, les caisses remplacées pouvaient prendre des engagements qui seraient remplis au moment de la fusion ou après. Cependant, à la date de la fusion, les caisses remplacées avaient perdu leur existence juridique distincte et c’est donc la caisse issue de la fusion, Envision, qui a pris les mesures nécessaires pour satisfaire à ces engagements.

[55] L’énoncé contenu dans la partie 6, selon lequel la caisse issue de la fusion entre en possession des actifs « sous réserve de la partie 8 », doit être interprété eu égard au sens de cette dernière. Elle a pour effet d’obliger les caisses remplacées à vendre les biens excédentaires au moment de la fusion. Rien dans son libellé n’empêchait Envision d’entrer en possession des biens excédentaires au moment de la fusion. Cette partie obligeait plutôt tout simplement les caisses remplacées, et par extension Envision, à procéder à la vente.

[56] Although there is extrinsic evidence that the predecessors intended to prevent Envision from being seized of the surplus properties, such an arrangement would be in violation of s. 23(b) of the *CUIA*. When a contract may be construed in two ways, a lawful interpretation ought to be preferred over an unlawful one: G. McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification* (2nd ed. 2011), at para. 7.31. Accordingly, the words of the contract (as opposed to the intention of the parties with respect to tax consequences) are best interpreted as merely ensuring that the surplus properties were sold at the time of the amalgamation. This interpretation is consistent with s. 23(b) of the *CUIA*. As a result, the amalgamation agreement is not invalid.

C. *Tracing Must Be Rejected*

[57] In view of my conclusions above, it is unnecessary to consider the Court of Appeal's approach of tracing the surplus properties through the shares of 619. However, I am of the view that if it had been necessary to consider it, the tracing approach would have to be rejected. It is a basic rule of company law that shareholders do not own the assets of the company: see, e.g., *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952, at p. 1033. While the *ITA* provides for "look-through" rules in certain circumstances which permit this basic rule to be ignored for tax purposes, those provisions are explicit: see, e.g., the s. 256(1.2) look-through rules that deem shares (property) owned by a corporation to be controlled by the shareholders of the corporation.

[58] The Minister argues that the broad definition of property and the language in s. 87 of "in such a manner that" is sufficient to create such a look-through or tracing rule. In my view, that cannot succeed. That legislative language is not as explicit as those provisions of the *ITA* that permit shareholders to be deemed to be the owners of corporate property. The tracing approach cannot

[56] Même si, selon la preuve extrinsèque, les caisses remplacées entendaient éviter qu'Envision entre en possession des biens excédentaires, une telle entente contreviendrait à l'al. 23b) de la *CUIA*. Lorsque deux interprétations d'un contrat sont possibles, il faut choisir l'interprétation légale plutôt que celle qui ne l'est pas : G. McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification* (2^e éd. 2011), par. 7.31. Par conséquent, il faut donner aux termes du contrat (et non pas à l'intention des parties relativement aux conséquences fiscales) l'interprétation selon laquelle ils visent uniquement à faire en sorte que les biens excédentaires soient vendus au moment de la fusion. Cette interprétation est conforme à l'al. 23b) de la *CUIA*. En conséquence, la convention de fusion n'est pas invalide.

C. *Rejet de la thèse du rapprochement*

[57] Compte tenu des conclusions qui précèdent, point n'est besoin d'examiner le raisonnement de la Cour d'appel par lequel elle rattache les biens excédentaires aux actions de 619. J'estime toutefois que s'il avait été nécessaire d'examiner ce raisonnement, il aurait fallu le rejeter. Il existe une règle fondamentale en droit des sociétés selon laquelle les actionnaires ne sont pas propriétaires des actifs de la société : voir, p. ex., *Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952, p. 1033. Bien que certaines dispositions de la *LIR* prévoient des règles de « transparence » permettant de se soustraire à l'application de cette règle fondamentale aux fins d'imposition, de telles dispositions sont rédigées en termes exprès : voir, p. ex., le par. 256(1.2), qui prévoit que les actions (biens) d'une société sont réputées être contrôlées par les actionnaires de cette société.

[58] Le ministre fait valoir que la définition large du terme « biens » et les mots « de façon que » figurant à l'art. 87 suffisent à établir cette règle de la transparence ou du rapprochement. Un tel argument ne peut à mon avis être retenu. Le libellé de cet article n'est pas aussi explicite que celui des dispositions de la *LIR* précisant que les actions (biens) qui appartiennent à une société sont

be used to cause an amalgamation to meet the requirements of s. 87.

VI. Disposition

[59] As a result of s. 23(b) of the *CUIA*, it was not possible for the predecessors to structure an amalgamation that did not meet the condition in s. 87(1)(a) of the *ITA*. Therefore, the Envision amalgamation was a qualifying amalgamation under the *ITA* and Envision's UCC balance and PRA must be determined in accordance with s. 87 of the *ITA*.

[60] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[61] CROMWELL J. — I agree with my colleague Rothstein J. that this appeal should be dismissed with costs. I reach this conclusion on the basis set out in para. 50 of my colleague's reasons. In essence, the appellant's position must be rejected because it is premised on a sequencing of events that is not reflected in the transaction that the parties undertook. As my colleague points out, at the moment that Envision was created, the predecessor corporations ceased to have any independent legal existence. There was thus no point in time when Delta Credit Union, First Heritage Savings Credit Union and Envision Credit Union existed as separate legal entities such that Delta and First Heritage could convey their property to Envision because, at the moment of amalgamation, only Envision was a separate legal entity. That is sufficient to fully answer the appellant's appeal and I would stop the analysis there.

[62] My colleague also relies on s. 23 of the *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 82 ("*CUIA*"), to resolve the appeal by holding that s. 23(b) is a provision out of which amalgamating credit unions are not permitted to contract: para. 30. However, I find it both unnecessary and undesirable

réputées être contrôlées par les actionnaires de cette société. Une fusion ne saurait devenir conforme à l'art. 87 par le jeu d'un tel raisonnement.

VI. Dispositif

[59] L'application de l'al. 23b) de la *CUIA* empêchait les caisses remplacées de prévoir une fusion qui ne satisfaisait pas à la condition établie à l'al. 87(1)a) de la *LIR*. Par conséquent, la fusion ayant donné naissance à Envision constituait une fusion admissible au titre de cette loi, et le solde de la FNACC et celui du MITR doivent être établis conformément à l'art. 87 de la *LIR*.

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

Version française des motifs rendus par

[61] LE JUGE CROMWELL — Je souscris à l'avis de mon collègue, le juge Rothstein, selon qui le présent pourvoi doit être rejeté avec dépens. Je tire cette conclusion en me fondant sur le raisonnement énoncé au par. 50 des motifs de mon collègue. Essentiellement, il convient de rejeter la thèse de l'appelante, car elle repose sur une séquence de faits qui ne correspond pas à l'opération réalisée par les parties. Comme le souligne mon collègue, à la création d'Envision, les sociétés remplacées ont perdu leur existence juridique distincte. Par conséquent, Delta Credit Union, First Heritage Savings Credit Union et Envision Credit Union n'ont jamais coexisté comme entités juridiques distinctes, de sorte que les premières aient pu céder leurs biens à la dernière, car au moment de la fusion, la seule entité juridique distincte qui existait était Envision. Cette conclusion suffit pour nous permettre de statuer entièrement sur l'appel, et je serais d'avis d'en rester là.

[62] Mon collègue s'appuie également sur l'art. 23 de la *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 82 (« *CUIA* ») pour trancher le présent pourvoi. Selon lui, les caisses fusionnantes ne peuvent se soustraire par contrat à l'application de l'al. 23b) (par. 30). Cependant,

to adopt this interpretation of s. 23 in this case. It is unnecessary because the line of reasoning to which I refer in the first paragraph of my reasons is sufficient to resolve the question raised on appeal. Having found that there was no inconsistency between the actual transaction and the result of an amalgamation as described in s. 23, it is not necessary to speculate on what would have happened if that were not the case. It is undesirable, in my respectful view, for a number of reasons.

[63] My colleague interprets s. 23(b) of the *CUIA* as establishing a prerequisite to a lawful amalgamation. In effect, my colleague's reasons lay down a rule that all amalgamations under the *CUIA* (and therefore under similarly worded provisions in other corporations statutes) cannot, as a matter of law, fall outside the provisions of s. 87(1)(a) and (b) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"). This is a significant holding. But there is apparently no authority to support it (certainly none is cited) and it did not attract the approval of the learned Tax Court judge in this case: see reasons of Webb J. (as he then was), 2010 TCC 576, 2010 D.T.C. 1399, at para. 50. Moreover, there is reason to be concerned about the correctness of the proposed interpretation given the text and structure of the statute. It is also acknowledged that this interpretation has the potential to give rise to significant practical problems in future cases. All of these considerations, to my mind, call for caution and cast doubt on the wisdom of deciding this point.

[64] I will not dwell on the absence of authority — Rothstein J. cites none on this point — other than to observe that the Court is generally assisted by reasons of other courts on points that it decides. We have no such assistance here. I will not expand further on the fact that the learned Tax Court judge did not accept the interpretation now advanced other than to note that his conclusion suggests that the interpretative point before us is at least one on which reasonable and highly experienced tax lawyers may reasonably differ. I will address

j'estime qu'une telle interprétation en l'espèce n'est ni nécessaire ni désirable. Elle n'est pas nécessaire, car le raisonnement que je mentionne au premier paragraphe de mes motifs suffit à résoudre la question en litige. Dès lors que l'on conclut à l'absence d'incompatibilité entre l'opération en cause et le résultat d'une fusion énoncé à l'art. 23, il n'est pas nécessaire de se perdre en conjectures sur les conséquences potentielles qui découleraient de la situation contraire. À mon humble avis, cette interprétation est indésirable pour plusieurs raisons.

[63] Selon mon collègue, l'al. 23b) de la *CUIA* établit un préalable à une fusion légale. Ses motifs créent pour ainsi dire une règle voulant qu'aucune fusion effectuée en vertu de la *CUIA* (et par extension en vertu de toute disposition semblable d'une autre loi sur les sociétés) ne puisse en droit être soustraite à l'application des al. 87(1)a) et b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »). Il s'agit d'une conclusion d'importance. Or, elle ne semble fondée sur aucune source — et certainement aucune n'est citée — et le juge de la Cour de l'impôt n'a pas retenu pareille thèse en l'espèce : voir les motifs du juge Webb (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale), 2010 CCI 576 (CanLII), par. 50. En outre, il y a lieu de douter de la justesse de l'interprétation proposée compte tenu du libellé et de la structure de la loi. De surcroît, il est reconnu qu'une telle interprétation risque d'engendrer des problèmes pratiques importants dans d'autres affaires. À mon avis, ces considérations nous invitent à la prudence et jettent un doute sur l'opportunité de trancher la question.

[64] Je ne m'attarderai pas sur l'absence de sources — le juge Rothstein n'en mentionne aucune à l'appui de sa conclusion — sauf pour observer que la Cour était généralement ses décisions par les motifs d'autres tribunaux. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Je ne m'étendrai pas sur le fait que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas retenu l'interprétation préconisée en l'occurrence, mais je signale que sa conclusion laisse entendre que la question d'interprétation dont nous sommes saisis à tout le moins en est une à propos de laquelle

in somewhat more detail the aspects of the text and structure of the statute that raise doubts in my mind as to the correctness of my colleague's interpretation.

[65] Turning first to the text, Rothstein J. reads s. 23 as setting out legal requirements for an amalgamation out of which the parties cannot contract. However, when one contrasts the language used in s. 23 with that in s. 20, that construction seems at least doubtful.

[66] When the legislature intended to set out legal requirements for amalgamation, it used language appropriate to achieve that goal. It did so very clearly in s. 20. Section 20 provides that two or more credit unions may amalgamate, "but must not do so except in accordance with this section": s. 20(1). It would be hard to find clearer expression of the intent to set out legal requirements. There follows in s. 20 a detailed list of substantive and procedural requirements, including the need for regulatory approval. The important point is that s. 20 uses clear language to set out the requirements and that is clearly the purpose of the provision.

[67] Contrast the language of s. 20 with that used in s. 23. Section 23 uses language that describes the effects of amalgamation; it does not use language that establishes requirements for a lawful amalgamation. Section 23 is premised on a certificate of amalgamation having been issued and it adopts the terms of the amalgamation agreement in relation to "the name . . . the constitution and rules provided in the amalgamation agreement": s. 23(a). It further provides that every member of each amalgamating credit union is bound by the amalgamation agreement: s. 23(c). This would be an odd choice of language if the provision were meant to lay down hard and fast rules with which amalgamations must comply. It would also seem to be an odd approach to drafting to put a prohibition relating to the contents of an amalgamation

des fiscalistes raisonnables et chevronnés sont à juste titre susceptibles de différer. Je traiterai plus en détail des aspects du libellé et de la structure de la loi qui me font douter de la justesse de l'interprétation proposée par mon collègue.

[65] Je me penche premièrement sur le libellé. Selon le juge Rothstein, l'art. 23 établit des exigences juridiques en matière de fusion auxquelles les parties ne peuvent se soustraire par contrat. Cependant, si l'on compare le libellé de l'art. 23 à celui de l'art. 20, une telle interprétation semble pour le moins douteuse.

[66] Dans les cas où le législateur entendait établir des exigences juridiques en matière de fusion, il a employé les termes nécessaires pour atteindre ce résultat. C'est ce qu'il a fait très clairement à l'art. 20. Cette disposition habilite deux caisses ou plus à fusionner [TRADUCTION] « à condition de satisfaire aux dispositions du présent article » (par. 20(1)). On ne pourrait guère trouver d'expression plus limpide d'une intention d'établir des exigences juridiques. L'article 20 énonce ensuite une liste détaillée d'exigences relatives au fond et à la procédure, dont l'obligation de faire approuver la fusion par l'organisme de réglementation. Ce qu'il faut retenir, c'est que les exigences y sont établies en termes non équivoques et c'est manifestement là l'objet de l'art. 20.

[67] Comparons le libellé de l'art. 20 à celui de l'art. 23. Les termes de ce dernier décrivent les effets d'une fusion; ils n'établissent pas les préalables à une fusion légale. L'article 23 suppose la délivrance d'un certificat de fusion et renvoie aux termes de la convention de fusion en ce qui concerne [TRADUCTION] « la dénomination sociale [. . .] la constitution et les règles précisées dans la convention de fusion » (al. 23a)). Il dispose en outre que tout membre de chacune des caisses fusionnantes est lié par la convention de fusion (al. 23c)). Ce serait un choix de mots étrange pour une disposition censée établir des règles absolues en matière de fusion. En outre, il semblerait étrange de la part du législateur d'intercaler une disposition censée interdire certaines stipulations dans la convention de fusion (l'al. 23b)) entre deux autres,

agreement in s. 23(b) between two other subsections, 23(a) and 23(c), that indicate that the provisions of the amalgamation agreement govern once the certificate is issued. In short, there is reason to think that s. 23 does not set out the conditions for amalgamation; that is the role of s. 20. Rather, it may well simply describe the effects of an amalgamation, recognizing that the amalgamation agreement plays a central role in spelling out those effects.

[68] Turning to the structure of the *CUIA*, it too casts some doubt on the correctness of Rothstein J.'s interpretation of s. 23. The provisions in the *CUIA* which deal with acquisitions (ss. 16 to 18) and amalgamations (ss. 20 to 24) have a similar structure. Section 16 sets out the conditions for acquisition of a credit union by asset transfer in the same way that s. 20 sets out the conditions for amalgamation. Section 17 deals with acquisitions directed by the commission in the same way that s. 20 deals with amalgamations directed by the commission. Section 18 describes the effects of the transaction based on the acquisition agreement in the same way that s. 23 deals with the effects of the amalgamation based on the amalgamation agreement.

[69] My colleague is concerned that the interpretation of s. 23 he proposes is essential in order to address concerns that, without such a provision, creditors of predecessor credit unions would not, or might not be protected on amalgamation. Section 20 addresses this concern, however, through the requirement for regulatory approval of the proposed amalgamation. I also note that credit unions operate in a highly regulated environment and it seems to me to be rather unlikely that creditor protection depends so heavily on s. 23(b).

[70] Taking these points into account, there seems to me to be good reason to question the interpretation advanced by my colleague.

[71] I am also concerned about the possible unintended consequences of my colleague's interpretation. As he properly acknowledges in

à savoir les al. 23a) et 23c), qui prévoient que cette dernière s'applique dès la délivrance du certificat de fusion. Bref, il y a lieu de croire que l'art. 23 n'établit pas les conditions préalables à une fusion; c'est là le rôle de l'art. 20. Il se peut plutôt que l'art. 23 énumère tout simplement les effets de la fusion et indique que la convention de fusion joue le rôle crucial de les préciser.

[68] Examinons ensuite la structure de la *CUIA*, qui jette également un certain doute sur la justesse de l'interprétation de l'art. 23 proposée par le juge Rothstein. Les dispositions de cette loi régissant l'acquisition (art. 16 à 18) et celles régissant la fusion (art. 20 à 24) sont structurées de manière semblable. L'article 16 énonce les conditions préalables à l'acquisition d'une caisse par transfert d'éléments d'actif tout comme l'art. 20 énonce les conditions préalables à la fusion. L'article 17 traite de l'acquisition ordonnée par la commission tout comme l'art. 20 traite de la fusion ordonnée par la commission. L'article 18 énumère les effets de l'opération suivant la convention d'acquisition tout comme l'art. 23 traite des effets de la fusion suivant la convention de fusion.

[69] Mon collègue soutient que l'interprétation de l'art. 23 qu'il propose est un moyen essentiel de parer à la préoccupation selon laquelle sans cette disposition les créanciers des caisses remplacées se trouveraient sans protection ou risqueraient de l'être par suite de la fusion. Or, l'article 20, en exigeant l'approbation par l'organisme de réglementation de toute fusion proposée, répond à cette préoccupation. Je signale également que les caisses évoluent dans un cadre fortement réglementé, et il est très improbable à mon avis que la protection des créanciers dépende si fortement de l'al. 23b).

[70] Vu les points qui précèdent, il semble y avoir de bonnes raisons de remettre en question l'interprétation proposée par mon collègue.

[71] J'ai également des réserves en ce qui a trait à de possibles conséquences involontaires de son interprétation. Comme il le reconnaît à

para. 43, “the practical problems posed by potentially invalidating an amalgamation that has been operational for over 10 years could be significant”. Although no such problems in fact arise here, I would not adopt an interpretation that is recognized to have the potential to give rise to significant practical problems in other cases when doing so is not necessary for the resolution of this appeal. Given that Rothstein J.’s interpretation may put in doubt the legality of previous amalgamations which received appropriate regulatory approval and, given further that the point has apparently never come up before, it seems to me that deciding this point when it is unnecessary to do so is much more likely to create problems than to solve them.

[72] To conclude, Rothstein J. proposes an interpretation: (1) that has potentially far-reaching effects beyond the construction of the *CUIA*; (2) in support of which no authority is offered; (3) which encounters some difficulty having regard to the structure and text of the statute; and (4) which is acknowledged to have the potential to cause significant practical problems in other cases. With great respect, it is my view that the Court should not take this step when doing so is completely unnecessary for the proper disposition of the appeal before us.

APPENDIX

Relevant Provisions

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

87. (1) [Amalgamations] In this section, an amalgamation means a merger of two or more corporations each of which was, immediately before the merger, a taxable Canadian corporation (each of which corporations is referred to in this section as a “predecessor corporation”) to form one corporate entity (in this section referred to as the “new corporation”) in such a manner that

(a) all of the property (except amounts receivable from any predecessor corporation or shares of the capital stock of any predecessor corporation) of the

juste titre au par. 43, « l’invalidation potentielle d’une fusion remontant à plus de 10 ans risque d’entraîner des problèmes pratiques importants ». Bien que, dans les faits, la présente espèce ne soulève pas de tels problèmes, je suis d’avis qu’il faut se garder d’adopter une interprétation que l’on sait susceptible de créer des problèmes pratiques importants dans d’autres affaires si ce n’est pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi. Étant donné que l’interprétation proposée par le juge Rothstein risque de mettre en doute la légalité de fusions dûment entérinées par l’organisme de réglementation et compte tenu de surcroît que la question ne semble jamais avoir été soulevée auparavant, j’estime que trancher ce point lorsque ce n’est pas nécessaire risque beaucoup plus d’emporter des problèmes que d’en régler.

[72] Pour conclure, le juge Rothstein propose une interprétation : (1) qui est susceptible de produire des effets qui transcendent la seule interprétation de la *CUIA*; (2) qui ne s’appuie sur aucune source; (3) qui achoppe sur le libellé et la structure de la loi; (4) que l’on sait susceptible de créer des problèmes pratiques importants dans d’autres affaires. Malgré tout le respect que je dois à mon collègue, j’estime que c’est là un pas que la Cour doit s’abstenir de franchir si ce n’est vraiment pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi.

ANNEXE

Dispositions pertinentes

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

87. (1) [Fusions] Au présent article, « fusion » s’entend de l’unification de plusieurs sociétés dont chacune était, immédiatement avant l’unification, une société canadienne imposable (chacune de ces sociétés étant appelée une « société remplacée » au présent article) destinée à former une société (appelée la « nouvelle société » au présent article) de façon que, à la fois :

a) les biens (à l’exception des sommes à recevoir d’une société remplacée ou des actions du capital-actions d’une société remplacée) appartenant aux

predecessor corporations immediately before the merger becomes property of the new corporation by virtue of the merger,

(b) all of the liabilities (except amounts payable to any predecessor corporation) of the predecessor corporations immediately before the merger become liabilities of the new corporation by virtue of the merger, and

(c) all of the shareholders (except any predecessor corporation), who owned shares of the capital stock of any predecessor corporation immediately before the merger, receive shares of the capital stock of the new corporation because of the merger,

otherwise than as a result of the acquisition of property of one corporation by another corporation, pursuant to the purchase of that property by the other corporation or as a result of the distribution of that property to the other corporation on the winding-up of the corporation.

Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, c. 82

20 (1) [Amalgamation] Two or more credit unions (the “amalgamating credit unions”) may amalgamate and continue as one credit union (the “amalgamated credit union”), but must not do so except in accordance with this section.

(2) Amalgamating credit unions, including any ordered under section 277 (g) of the *Financial Institutions Act* to amalgamate, together must propose and submit to the commission an amalgamation agreement that

- (a) specifies
 - (i) the name of the proposed amalgamated credit union,
 - (ii) the terms and conditions of the amalgamation,
 - (iii) the manner of carrying the amalgamation into effect,

. . .

(3) On receiving a proposed amalgamation agreement submitted to the commission, including one where one or more of the amalgamating credit

sociétés remplacées immédiatement avant l’unification deviennent des biens de la nouvelle société en vertu de l’unification;

b) les engagements (à l’exception des sommes payables à une société remplacée) des sociétés remplacées, existant immédiatement avant l’unification, deviennent des engagements de la nouvelle société en vertu de l’unification;

c) les actionnaires (à l’exception des sociétés remplacées) qui possédaient des actions du capital-actions d’une société remplacée immédiatement avant l’unification reçoivent des actions du capital-actions de la nouvelle société en raison de l’unification,

autrement qu’à la suite de l’acquisition de biens d’une société par une autre société, de l’achat de ces biens par l’autre société ou de l’attribution de ces biens à l’autre société lors de la liquidation de la société.

Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 82

[TRADUCTION]

20 (1) [Fusion] Deux caisses de crédit ou plus (les « caisses fusionnantes ») peuvent fusionner et être prorogées en une seule et même caisse (la « caisse issue de la fusion »), à condition de satisfaire aux dispositions du présent article.

(2) Les caisses fusionnantes, y compris toute caisse à laquelle il a été ordonné de fusionner en vertu de l’alinéa 227 g) de la *Financial Institutions Act*, soumettent à la commission une convention de fusion

- a) indiquant
 - (i) la dénomination sociale de la caisse issue de la fusion,
 - (ii) les conditions de la fusion,
 - (iii) la façon de réaliser la fusion,

. . .

(3) Sur réception d’une convention de fusion, y compris s’il s’agit d’une fusion où l’une des caisses fusionnantes est représentée par un administrateur

unions is acting under section 21 through an administrator,

(a) the commission may consent to the proposed amalgamation agreement, or

(b) if the commission considers that the proposed amalgamation agreement is contrary to the interests of one or more of the amalgamating credit unions or its or their members, the commission may refuse to consent to it.

conformément à l'article 21, la commission, selon le cas

a) approuve la fusion;

b) refuse d'approuver la fusion, si elle estime que la convention de fusion est contraire aux intérêts d'une ou de plusieurs caisses fusionnantes ou de ses membres.

23 [Vesting on amalgamation] On and after the date of the amalgamation shown in a certificate of amalgamation issued under section 20 (7) (b),

(a) the amalgamating credit unions are amalgamated and are continued as one credit union under the name and with the constitution and rules provided in the amalgamation agreement,

(b) the amalgamated credit union is seized of and holds and possesses all the property, rights and interests and is subject to all the debts, liabilities and obligations of each amalgamating credit union, including any obligations to members or auxiliary members under section 24, and

(c) every member and auxiliary member of each amalgamating credit union is bound by the amalgamation agreement.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Dentons Canada, Vancouver.

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

23 [Transfert des droits et obligations] À compter de la date de la fusion indiquée dans le certificat de fusion délivré en vertu de l'alinéa 20 (7) b) :

a) les caisses visées fusionnent et sont prorogées en une seule et même caisse sous la dénomination sociale et selon la constitution et les règles précisées dans la convention de fusion;

b) la caisse issue de la fusion entre en possession des biens, droits et intérêts et prend en charge les dettes, engagements et obligations de chaque caisse fusionnante, y compris toute obligation envers les membres, auxiliaires ou autres prévue à l'article 24;

c) tout membre et membre auxiliaire de chacune des caisses fusionnantes est lié par la convention de fusion.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Dentons Canada, Vancouver.

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

Mandeep Singh Chehil *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic and British Columbia Civil Liberties Association *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. CHEHIL

2013 SCC 49

File No.: 34524.

2013: January 22; 2013: September 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Airplane luggage — Police suspecting accused, airline passenger, of transporting drugs — Police verifying accused's checked bag using drug detection dog — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether drug detection dog was sufficiently reliable for sniff search to be reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Police analyzed the passenger manifest for an overnight flight from Vancouver to Halifax. They suspected that the accused was trafficking drugs on the basis of a number of indicators: the accused's travel was on a one-way ticket, he was one of the last passengers to purchase a ticket, he was travelling alone, he paid for his ticket in cash and checked one bag. The police verified the accused's checked bag for the presence of drugs using a drug detection dog. As the dog gave a positive indication for the scent of drugs, the accused was arrested for possession of a narcotic. On searching the bag, police found

Mandeep Singh Chehil *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des libertés civiles, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CHEHIL

2013 CSC 49

N° du greffe : 34524.

2013 : 22 janvier; 2013 : 27 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Bagage à bord d'un avion — Accusé, passager de l'avion, soupçonné par la police de transporter de la drogue — Bagage enregistré de l'accusé soumis par la police à un contrôle par un chien détecteur de drogue — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — Le chien détecteur était-il suffisamment fiable pour que la fouille effectuée au moyen de l'animal soit jugée non abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

La police a analysé le manifeste des passagers d'un vol de nuit entre Vancouver et Halifax. Les agents soupçonnaient l'accusé de trafiquer de la drogue en raison de certains indices : l'accusé avait acheté un billet aller simple, il avait été l'un des derniers passagers à acheter son billet; il voyageait seul, il avait payé comptant pour sa place et avait enregistré un seul bagage. Les agents ont soumis le bagage enregistré de l'accusé à un contrôle par un chien détecteur de drogue. L'animal ayant indiqué qu'il avait détecté une odeur de drogue, l'accusé a été arrêté pour possession d'un stupéfiant. La fouille de

three kilograms of cocaine. The trial judge held that the police did not have reasonable suspicion when they deployed the sniffer dog and further, the dog's performance in the field was not sufficiently reliable for the search to be reasonable. The trial judge excluded the evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the search was reasonable and the accused's arrest was justified. It ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The deployment of a dog trained to detect illegal drugs using its sense of smell is a search that may be carried out without prior judicial authorization where the police have a reasonable suspicion based on objective, ascertainable facts that evidence of an offence will be discovered. The reasonable suspicion threshold respects the balance struck under s. 8 of the *Charter* by permitting law enforcement to employ legitimate but limited investigative techniques. This balance is maintained by subsequent judicial oversight that prevents indiscriminate and discriminatory breaches of privacy interests by ensuring that the police have an objective and reasonable basis for interfering with an individual's reasonable expectation of privacy. The fact that reasonable suspicion deals with possibilities, rather than probabilities, necessarily means that in some cases the police will reasonably suspect that innocent people are involved in crime. In spite of this reality, properly conducted sniff searches that are based on reasonable suspicion are *Charter* compliant in light of their minimally intrusive, narrowly targeted and highly accurate nature.

Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. This inquiry must be fact-based, flexible and grounded in common sense and practical, everyday experience. A constellation of factors will not be sufficient to ground reasonable suspicion where it amounts merely to a "generalized" suspicion that would capture too many innocent people. Exculpatory, neutral or equivocal information cannot be disregarded when assessing a constellation of factors. However, the obligation of the police to take all factors into account does not impose a duty to undertake further investigation to seek out exculpatory factors or rule out possible innocent explanations. While the police must point to particularized conduct or particularized evidence of criminal

la valise a révélé trois kilogrammes de cocaïne. Le juge du procès a statué que les agents n'avaient pas de soupçons raisonnables au moment d'utiliser le chien renifleur et, en outre, que le rendement de l'animal sur le terrain n'était pas suffisamment fiable pour que la fouille ne soit pas jugée abusive. Le juge du procès a écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a accueilli l'appel, concluant que la fouille n'était pas abusive et que l'arrestation de l'accusé était justifiée. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'utilisation d'un chien spécialement dressé pour la détection olfactive de certaines substances illicites constitue une fouille qui ne nécessite aucune autorisation judiciaire préalable dans le cas où les policiers ont des soupçons raisonnables, fondés sur des faits objectivement discernables, que des éléments de preuve établissant la perpétration d'une infraction seront découverts. Le seuil des soupçons raisonnables respecte l'équilibre établi pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*, car il autorise le recours par les forces de l'ordre à des techniques d'enquête légitimes mais circonscrites. Le contrôle judiciaire ultérieur permet d'assurer cet équilibre et 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. Les soupçons raisonnables étant une affaire de possibilité, plutôt que de probabilité, il s'ensuit nécessairement que les policiers soupçonneront raisonnablement, dans certains cas, des personnes innocentes d'être des criminels. Malgré cette réalité, la fouille bien effectuée à l'aide d'un chien renifleur et fondée sur des soupçons raisonnables est conforme à la *Charte*, vu son caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable.

Les soupçons raisonnables doivent être évalués à la lumière de toutes les circonstances. L'appréciation doit s'appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l'expérience pratique quotidienne. Un ensemble de facteurs ne suffira pas à justifier des soupçons raisonnables lorsqu'ils équivalent simplement à des soupçons « généraux » susceptibles de viser trop de personnes innocentes. On ne peut faire abstraction des renseignements disculpatoires, neutres ou équivoques dans l'évaluation d'un ensemble de facteurs. Toutefois, l'obligation imposée à la police de prendre en compte tous les facteurs ne la contraint pas à pousser l'enquête pour trouver des facteurs disculpatoires ou écarter des explications possiblement innocentes. Bien que la police doive fonder les

activity in order to ground reasonable suspicion, such evidence need not itself consist of unlawful behaviour or evidence of a specific known criminal act.

Characteristics identified by a police profile can be considered when evaluating reasonable suspicion; however, profile characteristics are not a substitute for objective facts that raise a reasonable suspicion of criminal activity. The analysis must remain focused on one central question: Is the totality of the circumstances, including the specific characteristics of the suspect, the contextual factors, and the offence suspected, sufficient to reach the threshold of reasonable suspicion?

The onus is on the Crown to show that objective and ascertainable facts rise to the level of reasonable suspicion, such that a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have held a reasonable suspicion of criminal activity. An officer's training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer's experience will suffice, or that deference is owed to a police officer's view of the circumstances based on her training or experience in the field. A police officer's educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard.

The reliability of a particular dog is relevant to determining whether a particular sniff search was conducted reasonably. In the absence of legislated standards, trial judges must scrutinize the evidence before them in making this assessment. Both the results of testing in a controlled setting and the results of deployment in the field are helpful in assessing the reliability of a positive indication as a sign of the actual presence of drugs.

The accused in this case had a reasonable expectation of privacy in his checked luggage with regard to general police investigations. However, the sniff search was reasonable. The trial judge erred in principle in the manner of applying the reasonable suspicion standard by assessing the factors individually. Viewed in their entirety, the factors in this case justified a reasonable suspicion of illegal drug activity such that the sniff search was consistent with the *Charter*. Given the strength of the constellation of factors that led to the decision to deploy the dog, the reliability of the dog, and the absence of exculpatory explanations, the positive indication raised

soupons raisonnables sur un comportement précis ou un indice précis d'activité criminelle, l'indice ne doit pas constituer lui-même un comportement illégal ou révéler un acte criminel identifié.

Dans l'évaluation des soupçons raisonnables, les caractéristiques définies dans un profil policier peuvent être prises en considération; toutefois, elles ne sauraient se substituer à des faits objectifs donnant naissance à des soupçons raisonnables quant à la perpétration d'une activité criminelle. L'analyse doit plutôt demeurer axée sur la question fondamentale, à savoir l'ensemble des circonstances — y compris les caractéristiques propres au suspect, les facteurs contextuels et l'infraction soupçonnée — suffit-il pour que le seuil des soupçons raisonnables soit atteint?

Le ministère public a le fardeau de prouver que les faits objectivement discernables font naître des soupçons raisonnables, de sorte qu'une personne raisonnable à la place du policier aurait soupçonné raisonnablement la tenue d'une activité criminelle. La formation et l'expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu'empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'intuition fondée sur l'expérience du policier suffira ou que le point de vue de ce dernier sur les circonstances commandera la déférence. Une supposition éclairée ne saurait supplanter l'examen rigoureux et indépendant qu'exige la norme des soupçons raisonnables.

La fiabilité du chien en question joue également pour déterminer si la fouille effectuée à l'aide de l'animal a été menée de manière abusive ou non. En l'absence de normes légales, le juge de première instance doit examiner attentivement la preuve dont il dispose pour procéder à cette appréciation. Tant les résultats d'essais dans un environnement contrôlé que ceux de l'utilisation sur le terrain sont utiles pour déterminer si une indication constitue un signe fiable de la présence réelle de drogue.

En l'espèce, l'accusé avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de son bagage enregistré, dans le contexte d'une enquête policière générale. Toutefois, la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur n'était pas abusive. Le juge du procès a commis une erreur de principe dans la manière d'appliquer la norme des soupçons raisonnables en appréciant les facteurs individuellement. Considérés dans leur ensemble, les facteurs en l'espèce justifiaient des soupçons raisonnables quant à une activité illicite liée à la drogue de sorte que la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur était conforme à la *Charte*. Vu la force de l'ensemble de

the reasonable suspicion generated by the constellation to the level of reasonable and probable grounds to arrest the accused.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *United States v. Gooding*, 695 F.2d 78 (1982); *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *R. v. Payette*, 2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289; *Florida v. Harris*, 133 S.Ct. 1050 (2013); *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Lozano*, 2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL); *R. v. Nguyen*, 2013 SKQB 36 (CanLII); *Alberta v. Jarvis*, 2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154; *R. v. Gowing*, 2012 ABPC 38, 532 A.R. 312; *R. v. Earle*, 2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123; *R. v. Krafczyk*, 2011 ABQB 107, 511 A.R. 211; *R. v. Imani*, [2012] N.B.J. No. 120 (QL); *R. v. Ryan*, 2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97; *R. v. Hoy*, 2010 ABQB 575, 534 A.R. 58; *R. v. Hoang*, 2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127; *R. v. Frieburg*, 2013 MBCA 40 (CanLII); *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Wong*, 2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342; *R. v. Calderon* (2004), 188 C.C.C. (3d) 481.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 49.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(2), 492.2.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 15(1), 17(1).

Authors Cited

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123.

facteurs ayant mené à la décision d’utiliser le chien, la fiabilité de l’animal et l’absence d’explications disculpatoires, l’indication a eu pour effet de transformer les soupçons raisonnables découlant de l’ensemble en motifs raisonnables et probables d’arrestation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *United States c. Gooding*, 695 F.2d 78 (1982); *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *R. c. Payette*, 2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289; *Florida c. Harris*, 133 S.Ct. 1050 (2013); *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Lozano*, 2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL); *R. c. Nguyen*, 2013 SKQB 36 (CanLII); *Alberta c. Jarvis*, 2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154; *R. c. Gowing*, 2012 ABPC 38, 532 A.R. 312; *R. c. Earle*, 2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123; *R. c. Krafczyk*, 2011 ABQB 107, 511 A.R. 211; *R. c. Imani*, [2012] N.B.J. No. 120 (QL); *R. c. Ryan*, 2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97; *R. c. Hoy*, 2010 ABQB 575, 534 A.R. 58; *R. c. Hoang*, 2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127; *R. c. Frieburg*, 2013 MBCA 40 (CanLII); *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Wong*, 2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342; *R. c. Calderon* (2004), 188 C.C.C. (3d) 481.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(2), 492.2.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 15(1), 17(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 49.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 98.

Doctrine et autres documents cités

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123.

Shapiro, Jonathan. “Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards” (2008), 55 C.R. (6th) 396.

Tanovich, David M. “A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles” (2008), 55 C.R. (6th) 379.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Farrar J.J.A.), 2011 NSCA 82, 308 N.S.R. (2d) 122, 278 C.C.C. (3d) 445, 243 C.R.R. (2d) 109, 88 C.R. (6th) 300, 976 A.P.R. 122, [2011] N.S.J. No. 499 (QL), 2011 CarswellNS 646, setting aside a decision of Cacchione J., 2010 NSSC 255, 300 N.S.R. (2d) 28, 268 C.C.C. (3d) 249, 950 A.P.R. 28, [2010] N.S.J. No. 712 (QL), 2010 CarswellNS 906, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Stanley W. MacDonald, Q.C., for the appellant.

Mark Covan, for the respondent.

Amy Alyea, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mahmud Jamal, David Mollica and W. David Rankin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Tamir Israel*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Michael A. Feder and H. Michael Rosenberg, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — In *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, the Court balanced the travelling public’s privacy interests against the public interest in apprehending those who transport and traffic drugs. The Court concluded that the use of a properly deployed drug detection dog was a search that was authorized by law and reasonable on a lower threshold of

Shapiro, Jonathan. « Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards » (2008), 55 C.R. (6th) 396.

Tanovich, David M. « A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles » (2008), 55 C.R. (6th) 379.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Farrar), 2011 NSCA 82, 308 N.S.R. (2d) 122, 278 C.C.C. (3d) 445, 243 C.R.R. (2d) 109, 88 C.R. (6th) 300, 976 A.P.R. 122, [2011] N.S.J. No. 499 (QL), 2011 CarswellNS 646, qui a infirmé une décision du juge Cacchione, 2010 NSSC 255, 300 N.S.R. (2d) 28, 268 C.C.C. (3d) 249, 950 A.P.R. 28, [2010] N.S.J. No. 712 (QL), 2010 CarswellNS 906, et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Stanley W. MacDonald, c.r., pour l’appelant.

Mark Covan, pour l’intimée.

Amy Alyea, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Mahmud Jamal, David Mollica et W. David Rankin, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Tamir Israel*, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko.

Michael A. Feder et H. Michael Rosenberg, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Dans les arrêts *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, et *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, la Cour met en balance les droits à la vie privée des voyageurs et l’intérêt du public à l’arrestation de ceux qui se livrent au transport et au trafic de la drogue. Elle conclut que l’utilisation adéquate d’un chien détecteur de drogue constitue une fouille autorisée par la loi et que pareille fouille, si elle est

“reasonable suspicion”. Because they are minimally intrusive, narrowly targeted, and can be highly accurate, sniff searches may be conducted without prior judicial authorization. These appeals require the Court to elaborate on the principles underlying the reasonable suspicion standard and its application.

[2] Some of the interveners urge the Court to find there is no reasonable expectation of privacy in luggage in an airport setting; or to elevate the standard for authorizing a sniff search to reasonable and probable grounds. However, they provided no compelling reason to revisit the balance struck in *Kang-Brown* and *A.M.* between society’s interest in routine crime prevention and an individual’s interest in her own privacy.

[3] In my view, there is no need to revise the reasonable suspicion standard. It is a robust standard determined on the totality of the circumstances, based on objectively discernible facts, and is subject to independent and rigorous judicial scrutiny. As Doherty J.A. said in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), at p. 202, the standard prevents the indiscriminate and discriminatory exercise of police power.

[4] However, the application of the reasonable suspicion standard continues to raise concerns, particularly when individual factors relied upon by police are neutral and capable of innocent explanation. The appellant submits that the characteristics identified by the police as forming part of the “drug courier profile” should not be used to ground reasonable suspicion, as they do not provide particularized evidence of criminal activity. In the companion appeal, *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250, the appellant in that case also challenges the use of drug courier profiles.

effectuée en application de la norme moins stricte des « soupçons raisonnables », n’est pas abusive. Parce qu’elle porte une atteinte minimale, vise un objectif bien circonscrit et peut se révéler d’une grande fiabilité, la fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur ne nécessite pas d’autorisation judiciaire préalable. Dans les présents pourvois, la Cour est appelée à expliciter les principes qui sous-tendent la norme des soupçons raisonnables et son application.

[2] Certains intervenants en l’espèce demandent à la Cour de conclure qu’il ne saurait y avoir d’attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de bagages à l’aéroport ou bien de resserrer la norme de sorte qu’il faudrait des motifs raisonnables et probables pour qu’une fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur soit autorisée. Toutefois, ils n’ont fourni aucune raison impérieuse justifiant la modification de l’équilibre établi dans les arrêts *Kang-Brown* et *A.M.* entre l’intérêt de la société à la tenue d’opérations courantes de prévention du crime et le droit d’une personne à sa vie privée.

[3] À mon avis, il n’est pas nécessaire de modifier la norme des soupçons raisonnables. Il s’agit d’une norme solide, qui appelle la prise en compte de l’ensemble des circonstances, en fonction de faits objectivement vérifiables, et dont l’application est assujettie à un examen rigoureux et indépendant par les tribunaux. Comme l’a affirmé le juge Doherty dans l’arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), p. 202, la norme fait obstacle à l’exercice aveugle et discriminatoire des pouvoirs policiers.

[4] Toutefois, l’application de la norme des soupçons raisonnables continue de susciter des inquiétudes, particulièrement lorsque les facteurs individuels sur lesquels s’appuie la police sont neutres et admettent une explication innocente. L’appelant fait valoir que les caractéristiques propres au « profil des passeurs de drogue » établi par la police ne devraient pas fonder les soupçons raisonnables, puisqu’elles ne fournissent pas de preuve précise d’activité criminelle. Dans le pourvoi connexe, *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250, l’appelant conteste lui aussi le recours aux profils des passeurs de drogue.

[5] In addition, the appellant asks the Court to affirm the trial judge's finding that the dog deployed in this case was not reliable and to require and establish national standards to determine reliability of sniffer dogs.

[6] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. The reasonable suspicion standard requires that the entirety of the circumstances, inculpatory and exculpatory, be assessed to determine whether there are objective ascertainable grounds to suspect that an individual is involved in criminal behaviour. It does not require the police to investigate to rule out exculpatory circumstances. The Court of Appeal correctly concluded that the trial judge erred in assessing the factors individually rather than in their entirety and in finding the sniffer dog to be unreliable.

I. Facts

[7] Late on a Tuesday evening in November 2005, Mr. Chehil departed from Vancouver International Airport on WestJet's overnight flight to Halifax.

[8] The next morning, Corporal Fraser and Constable Ruby, of the RCMP's Criminal Interdiction Team (CIT), attended WestJet's offices in Halifax and analyzed the passenger manifest for the flight on the overnight Vancouver-Halifax run. They observed that the appellant was one of the last passengers to purchase a ticket, paid for his ticket in cash, and checked one bag. The officers testified that, in their experience, these characteristics were indicators of the illegal traffic of narcotics.

[9] As a result, they decided to verify the appellant's checked bag for the presence of drugs using a drug detection dog, Boris. When the appellant's flight arrived, the officers located his bag on the secure side of the airport. Nine other bags from the same flight were also removed and lined up with the appellant's bag. Boris was deployed by Officer Daigle and walked down the line of bags. On his first run, he turned and looked at the appellant's bag. On the second pass, Boris indicated that he

[5] En outre, l'appelant demande à la Cour de confirmer la conclusion du juge du procès selon laquelle le chien utilisé en l'espèce n'était pas fiable et de prescrire l'établissement de normes nationales visant à déterminer la fiabilité des chiens renifleurs ainsi que de définir ces dernières.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La norme des soupçons raisonnables oblige à apprécier l'ensemble des circonstances — inculpatives et disculpatives — pour déterminer s'il existe des motifs objectivement discernables de soupçonner qu'une personne se livre à une activité criminelle. Elle n'oblige pas la police à faire enquête pour écarter des circonstances disculpatives. La Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en évaluant les facteurs individuellement, plutôt que dans leur ensemble, et en concluant que le chien renifleur n'était pas fiable.

I. Les faits

[7] Tard un mardi soir de novembre 2005, M. Chehil a quitté l'aéroport international de Vancouver à bord d'un appareil de WestJet à destination de Halifax.

[8] Le lendemain matin, aux bureaux de WestJet à Halifax, le caporal Fraser et l'agente Ruby, de l'Équipe de répression criminelle (ERC) de la GRC, ont analysé le manifeste des passagers de la liaison de nuit Vancouver-Halifax. Ils ont observé que l'appelant avait été l'un des derniers passagers à acheter son billet, l'avait payé comptant et avait enregistré un seul bagage. Dans leur témoignage, les policiers ont déclaré qu'il s'agit là, selon leur expérience, d'indices du trafic illégal de stupéfiants.

[9] À la lumière de ces observations, ils ont décidé de soumettre le bagage enregistré de l'appelant à un contrôle par un chien détecteur de drogue nommé Boris. À l'arrivée du vol de l'appelant, les agents ont repéré sa valise du côté sécurisé de l'aéroport. Neuf autres bagages provenant du même vol ont également été retirés et alignés avec celui de l'appelant. L'agent Daigle a fait marcher Boris le long de cette file. Lors de son premier passage, le chien s'est tourné vers la valise de l'appelant et l'a

had detected the scent of drugs by sitting in front of the appellant's bag, and then on the next item in the line-up, a cooler. The owner of the cooler subsequently consented to a search, and no drugs were found.

[10] After the appellant collected his bag, he was approached by another police officer, who informed him that there had been a positive indication for drugs on his bag and arrested him for possession of a narcotic.

[11] The appellant was taken to a secure location. Upon forcing open his locked bag, the police found a backpack containing three kilograms of cocaine. The appellant was arrested for possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of Nova Scotia (2010 NSSC 255, 300 N.S.R. (2d) 28)*

[12] The trial judge held that Mr. Chehil had a reasonable expectation of privacy in his checked luggage and that there was no reason to lower constitutional protections in an airport. He drew a distinction between a traveller's expectation of privacy in relation to flight safety as opposed to general police investigations.

[13] Finding that only the purchase of the ticket with cash, perhaps at the last minute, could be viewed as suspicious, and that the rest of the factors relied upon were open to several neutral explanations that were not explored, the trial judge held that the police did not have reasonable suspicion when they deployed Boris. In particular, the CIT's failure to conduct further investigation or consider exculpatory explanations meant that the police did not undertake the global assessment of the facts required to establish reasonable suspicion. At best, they were operating on intuition or an educated guess, and thus the search was not authorized at common law.

regardée. Lors de son deuxième passage, Boris a indiqué qu'il avait détecté une odeur de drogue en s'asseyant devant la valise de l'appelant, puis devant l'article voisin, une glacière. Le propriétaire de la glacière a subséquemment consenti à une fouille, qui n'a pas révélé la présence de drogue.

[10] Après avoir pris sa valise, l'appelant a été abordé par un autre agent qui l'a informé de l'indication donnée à l'égard de sa valise, révélant qu'elle contenait de la drogue, et l'a arrêté pour possession d'un stupéfiant.

[11] L'appelant a été emmené à un lieu sécurisé. Forçant sa valise fermée à clé, la police y a trouvé un sac à dos contenant trois kilogrammes de cocaïne. L'appelant a été arrêté pour possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (2010 NSSC 255, 300 N.S.R. (2d) 28)*

[12] Le juge du procès a statué que M. Chehil avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de son bagage enregistré et que rien ne justifiait la réduction des protections constitutionnelles dans un aéroport. Il a établi une distinction entre l'attente d'un voyageur quant au respect de sa vie privée dans le contexte de la sécurité du vol et son attente à cet égard dans le contexte d'une enquête policière générale.

[13] Concluant que seul l'achat du billet au comptant — possiblement à la dernière minute — pouvait être considéré comme étant suspect, et que les autres facteurs relevés par les policiers admettaient plusieurs explications neutres qui n'avaient pas été examinées, le juge du procès a statué que ces derniers n'avaient pas de soupçons raisonnables au moment d'utiliser Boris. En particulier, parce que l'ERC n'avait pas poussé l'enquête ou envisagé des explications disculpatoires, elle n'avait pas procédé à l'évaluation globale des faits nécessaire pour établir les soupçons raisonnables. Au mieux, les policiers agissaient sur la foi d'une intuition ou d'une supposition éclairée; par conséquent, la fouille n'était pas autorisée en common law.

[14] The trial judge also found that yearly validation performance was not an adequate indicator of a sniffer dog's reliability, and that Boris's performance in the field was not sufficiently reliable for the search to be reasonable.

[15] The trial judge excluded the evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

B. *Nova Scotia Court of Appeal (2011 NSCA 82, 308 N.S.R. (2d) 122)*

[16] The Court of Appeal agreed that the appellant retained a privacy interest in his suitcase and that heightened efforts to combat terrorism in airports cannot circumvent protections guaranteed in relation to the investigation of crime generally. However, the Court of Appeal held that the trial judge erred by considering the factors relied upon by the police in isolation, rather than determining whether they coalesced to form a reasonable suspicion despite potential innocent explanations for each. Whether additional steps could have been taken to buttress the grounds of reasonable suspicion was irrelevant; the police need only demonstrate they have done enough to establish reasonable suspicion.

[17] The Court of Appeal found that reliability assessments cannot ignore the fact that sniffer dogs are trained to detect the smell of drugs, not drugs themselves. The trial judge erred by rejecting Corporal Daigle's expert opinion that the false indication on the cooler likely resulted from scent emanating from the appellant's adjacent bag. Given that the police had reasonable and probable grounds to believe the appellant was in possession of illegal drugs following Boris's positive indication, his arrest was justified and the search of his suitcase reasonable. There was no *Charter* breach.

[14] Le juge du procès a également conclu qu'un contrôle annuel du rendement d'un chien renifleur ne constituait pas un indicateur adéquat de sa fiabilité et que le rendement de Boris sur le terrain n'était pas suffisamment fiable pour que la fouille ne soit pas jugée abusive.

[15] Le juge du procès a écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2011 NSCA 82, 308 N.S.R. (2d) 122)*

[16] La Cour d'appel a reconnu que l'appelant conservait un droit à la vie privée à l'égard de sa valise et que les mesures accrues de lutte contre le terrorisme mises en œuvre dans les aéroports ne pouvaient court-circuiter les protections garanties dans le cadre d'enquêtes criminelles générales. Toutefois, elle a statué que le juge du procès avait fait erreur en considérant isolément les facteurs sur lesquels les policiers s'étaient appuyés et qu'il aurait plutôt fallu s'attacher à déterminer si, une fois combinés, ces facteurs faisaient naître des soupçons raisonnables, même si chacun admettait possiblement une explication innocente. La question de savoir si des mesures supplémentaires auraient pu être prises pour étayer les soupçons raisonnables n'était pas pertinente; les policiers n'ont qu'à démontrer avoir pris des moyens suffisants pour établir l'existence de tels soupçons.

[17] La Cour d'appel a conclu que l'évaluation de la fiabilité du chien renifleur ne saurait faire fi du fait que ce dernier est dressé pour détecter l'odeur de drogue, et non la drogue elle-même. Le juge du procès a eu tort de rejeter la preuve d'expert du caporal Daigle selon laquelle l'indication erronée de la glacière avait probablement résulté de l'odeur émanant de la valise adjacente de l'appelant. Vu que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait en sa possession de la drogue illicite après l'indication donnée par Boris, son arrestation était justifiée et la fouille de sa valise n'était pas abusive. Il n'y a eu aucune violation de la *Charte*.

III. Issues/Outline

[18] The outline is as follows:

A. *General Principles*

- (1) Nature of Reasonable Suspicion
- (2) Profiling and Reasonable Suspicion
- (3) Nature of Judicial Scrutiny
- (4) Reliability of Individual Dogs
- (5) Actions Following Positive Indication

B. *Application to This Case*

- (1) Reasonable Suspicion of the Police
- (2) Reasonableness of the Search
- (3) Arrest Subsequent to Positive Indication

IV. Analysis

A. *General Principles*

[19] The deployment of a single-profile narcotic dog (a dog trained to detect certain kinds of illegal drugs using its sense of smell) is a search that does not require prior judicial authorization. However, in order for a sniff search to be *Charter*-compliant, it must meet the criteria for unauthorized searches laid out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. As such, when sniffer dogs are engaged by the police, the deployment must be authorized by a reasonable law (in this case, the common law), and the manner in which the sniff search was conducted must be reasonable. In *Kang-Brown*, a majority of the Court found that the decision to deploy a sniffer dog meets the *Collins* test where the police have a reasonable suspicion based on objective, ascertainable facts that evidence of an offence will be discovered: see *Kang-Brown*, at para. 60, *per* Binnie J.; paras. 188-94, *per* Deschamps J.; and para. 244, *per* Bastarache J. Further, as I will explain, a sniff search is conducted reasonably where the sniffer dog used was properly trained and handled.

III. Questions en litige/Plan

[18] Le plan est le suivant :

A. *Principes généraux*

- (1) La nature des soupçons raisonnables
- (2) Le profilage et les soupçons raisonnables
- (3) La nature de l'examen par les tribunaux
- (4) La fiabilité du chien
- (5) Les mesures découlant d'une indication

B. *Application à l'espèce*

- (1) Les soupçons raisonnables de la police
- (2) Le caractère non abusif de la fouille
- (3) L'arrestation subséquente à l'indication

IV. Analyse

A. *Principes généraux*

[19] L'utilisation d'un chien détecteur de drogue (spécialement dressé pour la détection olfactive de certaines substances illicites) constitue une fouille qui ne nécessite aucune autorisation judiciaire préalable. Toutefois, pour qu'une telle fouille soit conforme à la *Charte*, elle doit satisfaire aux critères applicables aux fouilles sans autorisation énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Ainsi, le recours à un chien renifleur doit être autorisé par une loi qui n'a elle-même rien d'abusif (en l'espèce, la common law), et la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Dans l'arrêt *Kang-Brown*, les juges majoritaires de la Cour concluent que la décision d'utiliser un chien renifleur satisfait aux critères établis dans l'arrêt *Collins* dans le cas où les policiers ont des soupçons raisonnables, fondés sur des faits objectivement discernables, que des éléments de preuve établissant la perpétration d'une infraction seront découverts (voir *Kang-Brown*, par. 60, le juge Binnie; par. 188-194, la juge Deschamps; par. 244, le juge Bastarache). En outre, comme je l'expliquerai, une fouille à l'aide d'un chien renifleur est effectuée d'une manière qui n'est pas abusive si ce dernier est bien dressé et bien utilisé.

[20] The appellant submits that the police applied the reasonable suspicion standard in a way that authorizes random generalized searches of a very large number of innocent travellers. The appellant and certain interveners are concerned that profile characteristics, applied mechanically, capture a high percentage of innocent travellers or racially marginalized groups. They suggest that if the factors are individually innocent or innocuous, police should be required to conduct further investigation to seek out any exculpatory factors.

[21] In my view, there is no need to reformulate the “reasonable suspicion” test; it is a common standard that arises in a number of contexts. However, in light of the concerns raised, I propose to clarify (1) the nature of reasonable suspicion; (2) the role of “profiles” as grounds for reasonable suspicion; and (3) the nature of rigorous judicial scrutiny.

(1) Nature of Reasonable Suspicion

[22] In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the Court laid out the underlying principles of the s. 8 framework, which balances privacy interests and the public interest in providing law enforcement with the means to investigate crime. First, s. 8 does not protect against all encroachments on an individual’s privacy interests. Its primary goal is to protect individuals from arbitrary state action by balancing their interest in being left alone, against the public interest in providing the state with the means to investigate crime (pp. 159-60). This balance must be struck on objective grounds (pp. 166-67), and, where possible, should be assessed before the search occurs (p. 160). In most cases, “[t]he state’s interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual’s interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion” (p. 167).

[20] L’appelant plaide que les policiers ont appliqué la norme des soupçons raisonnables de manière à autoriser les fouilles générales aléatoires d’un très grand nombre de voyageurs innocents. L’appelant et certains intervenants craignent que des caractéristiques d’un profil, si elles sont appliquées mécaniquement, visent un pourcentage élevé de voyageurs innocents ou de groupes marginalisés en raison de leur race. Ils prétendent que si les facteurs, considérés individuellement, sont innocents ou anodins, les policiers devraient être tenus de pousser l’enquête à la recherche de facteurs disculpatoires.

[21] À mon avis, il n’est pas nécessaire de reformuler le critère des « soupçons raisonnables »; il s’agit d’une norme courante qui entre en jeu dans plusieurs contextes. Toutefois, à la lumière des préoccupations soulevées, je me propose de clarifier (1) la nature des soupçons raisonnables; (2) le rôle des « profils » comme motifs de soupçons raisonnables; (3) la nature de l’examen rigoureux par les tribunaux.

(1) La nature des soupçons raisonnables

[22] Dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour énonce les principes qui sous-tendent le cadre d’application de l’art. 8, qui appelle l’établissement d’un équilibre entre le droit à la vie privée et l’intérêt qu’a le public à donner à ceux qui sont chargés de faire respecter la loi les moyens d’enquêter sur des crimes. Premièrement, l’art. 8 ne protège pas contre tout empiétement sur le droit à la vie privée. Son but fondamental est de protéger le particulier contre l’action arbitraire de l’État en conciliant le droit du premier de ne pas être importuné avec l’intérêt qu’a le public à donner au second les moyens d’enquêter sur des crimes (p. 159-160). Cet équilibre doit être établi sur le fondement de motifs objectifs (p. 166-167) et, si possible, l’appréciation doit précéder la fouille (p. 160). Dans la plupart des cas, « [l]e droit de l’État de déceler et de prévenir le crime commence à l’emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité » (p. 167-168).

[23] Both the impact on privacy interests and the importance of the law enforcement objective play a role in determining the level of justification required for the state to intrude upon the privacy interest in question. In *Hunter*, this Court also recognized that this balancing of interests can justify searches on a lower standard where privacy interests are reduced, or where state objectives of public importance are predominant (p. 168). Thus, the Court has found reasonable suspicion to be a sufficient threshold in certain investigative contexts,¹ and Parliament has employed this standard when authorizing certain searches in legislation.²

[24] In the case of sniff searches, the use of the reasonable suspicion standard reflects, in part, the minimal intrusion of a dog sniff. For a physical search of luggage incident to arrest, which will be more intrusive, the more exacting reasonable and probable grounds standard is engaged, as the arrest must be justified: see *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51. This mirrors the continuum established under s. 9 of the *Charter* to justify detentions, ranging from reasonable suspicion (for investigative detentions) to reasonable and probable grounds (for arrests): see *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59.

1 These contexts include border security investigations, see *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; limited searches accompanying investigative detentions, see *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; and searches performed in schools by school authorities, see *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393.

2 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2) (physical coordination tests and obtaining a breath sample to test for the presence of alcohol or a drug), and s. 492.2 (use of a number recorder and obtaining telephone records); *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98 (search power for customs officers); *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 49 (frisk searches of inmates); *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 15(1) (search of a person), s. 17(1) (examination and opening of mail).

[23] L'incidence sur le droit à la vie privée et l'importance de l'objectif d'application de la loi jouent toutes deux quand il s'agit de déterminer le degré de justification nécessaire à l'empiètement par l'État sur ce droit. Dans l'arrêt *Hunter*, la Cour reconnaît également que cet exercice de pondération des intérêts en jeu peut justifier une fouille en application d'une norme moins rigoureuse lorsque les droits à la vie privée sont réduits ou lorsque les objectifs d'ordre public de l'État sont prédominants (p. 168). Ainsi, elle estime que les soupçons raisonnables constituent un seuil suffisant dans certains contextes d'enquête¹, et le législateur a subordonné l'autorisation de certaines fouilles à cette norme².

[24] Dans le cas de la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur, la norme des soupçons raisonnables témoigne, en partie, de l'atteinte minimale que porte ce genre de fouille. La fouille matérielle des bagages accessoire à l'arrestation, plus envahissante, est subordonnée à la norme plus rigoureuse des motifs raisonnables et probables, car l'arrestation doit être justifiée (voir *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51). La même fourchette a été établie pour l'application de l'art. 9 de la *Charte* pour justifier la détention, qui va des soupçons raisonnables (pour la détention aux fins d'enquête) aux motifs raisonnables et probables (pour l'arrestation) (voir *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59).

1 Ces contextes comprennent les enquêtes de sécurité frontalière, voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, et *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; la fouille limitée accessoire à une détention aux fins d'enquête, voir *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; et les fouilles effectuées par les autorités scolaires, voir *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

2 *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 254(2) (épreuves de coordination des mouvements et obtention d'un échantillon d'haleine pour vérifier la présence d'alcool ou de drogue), et art. 492.2 (utilisation d'un enregistreur de numéro et obtention d'un registre de téléphone); *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 98 (pouvoirs de fouille des agents des douanes); *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 49 (fouille par palpation sur le détenu); *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, par. 15(1) (fouille d'une personne), par. 17(1) (examen et ouverture du courrier).

[25] The reasonable suspicion threshold respects the balance struck under s. 8 by permitting law enforcement to employ legitimate but limited investigative techniques. This balance is maintained by subsequent judicial oversight that prevents indiscriminate and discriminatory breaches of privacy interests by ensuring that the police have an objective and reasonable basis for interfering with an individual's reasonable expectation of privacy.

[26] Reasonable suspicion derives its rigour from the requirement that it be based on objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny. This scrutiny is exacting, and must account for the totality of the circumstances. In *Kang-Brown*, Binnie J. provided the following definition of reasonable suspicion, at para. 75:

The “reasonable suspicion” standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. “Suspicion” is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A “reasonable” suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds.

[27] Thus, while reasonable grounds to suspect and reasonable and probable grounds to believe are similar in that they both must be grounded in objective facts, reasonable suspicion is a lower standard, as it engages the reasonable possibility, rather than probability, of crime. As a result, when applying the reasonable suspicion standard, reviewing judges must be cautious not to conflate it with the more demanding reasonable and probable grounds standard.

[28] The fact that reasonable suspicion deals with possibilities, rather than probabilities, necessarily means that in some cases the police will reasonably suspect that innocent people are involved in crime. In spite of this reality, properly conducted sniff searches that are based on reasonable suspicion are *Charter*-compliant in light of their minimally

[25] Le seuil des soupçons raisonnables respecte l'équilibre établi pour l'application de l'art. 8, car il autorise le recours par les forces de l'ordre à des techniques d'enquête légitimes mais circonscrites. Le contrôle judiciaire ultérieur permet d'assurer cet équilibre et 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.

[26] La rigueur de la norme des soupçons raisonnables découle de l'exigence que ces soupçons soient fondés sur des faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l'examen judiciaire indépendant. Cet examen est rigoureux et doit prendre en compte l'ensemble des circonstances. Dans l'arrêt *Kang-Brown*, le juge Binnie donne la définition suivante des soupçons raisonnables :

La norme des « soupçons raisonnables » n'est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l'individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. [par. 75]

[27] Ainsi, bien que les motifs raisonnables de soupçonner, d'une part, et les motifs raisonnables et probables de croire, d'autre part, soient semblables en ce sens qu'ils doivent, dans les deux cas, être fondés sur des faits objectifs, les premiers constituent une norme moins rigoureuse, puisqu'ils évoquent la possibilité — plutôt que la probabilité — raisonnable d'un crime. Par conséquent, lorsqu'il applique la norme des soupçons raisonnables, le juge siégeant en révision doit se garder de la confondre avec la norme plus exigeante des motifs raisonnables et probables.

[28] Les soupçons raisonnables étant une affaire de possibilité, plutôt que de probabilité, il s'ensuit nécessairement que les policiers soupçonneront raisonnablement, dans certains cas, des personnes innocentes d'être des criminels. Malgré cette réalité, la fouille bien effectuée à l'aide d'un chien renifleur et fondée sur des soupçons raisonnables

intrusive, narrowly targeted, and highly accurate nature: see *Kang-Brown*, at para. 60, *per* Binnie J., and *A.M.*, at paras. 81-84, *per* Binnie J. However, the suspicion held by the police cannot be so broad that it descends to the level of generalized suspicion, which was described by Bastarache J., at para. 151 of *A.M.*, as suspicion “that attaches to a particular activity or location rather than to a specific person”.

[29] Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. The inquiry must consider the constellation of objectively discernible facts that are said to give the investigating officer reasonable cause to suspect that an individual is involved in the type of criminal activity under investigation. This inquiry must be fact-based, flexible, and grounded in common sense and practical, everyday experience: see *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, at para. 60. A police officer’s grounds for reasonable suspicion cannot be assessed in isolation: see *Monney*, at para. 50.

[30] A constellation of factors will not be sufficient to ground reasonable suspicion where it amounts merely to a “generalized” suspicion because it “would include such a number of presumably innocent persons as to approach a subjectively administered, random basis” for a search: *United States v. Gooding*, 695 F.2d 78 (4th Cir. 1982), at p. 83. The American jurisprudence supports the need for a sufficiently particularized constellation of factors. See *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), and *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Indeed, the reasonable suspicion standard is designed to avoid indiscriminate and discriminatory searches.

[31] While some factors, such as travelling under a false name, or flight from the police, may give rise to reasonable suspicion on their own (*Kang-Brown*, at para. 87, *per* Binnie J.), other elements of a constellation will not support reasonable suspicion, except in combination with other factors. Generally, characteristics that apply broadly to innocent people are insufficient, as they are markers only of generalized suspicion. The same is true of factors

est conforme à la *Charte*, vu son caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable (voir *Kang-Brown*, par. 60, le juge Binnie, et *A.M.*, par. 81-84, le juge Binnie). Toutefois, les soupçons des policiers ne doivent pas être à ce point vagues qu’ils se réduisent à des soupçons généraux, décrits par le juge Bastarache, au par. 151 de l’arrêt *A.M.*, comme des soupçons « non pas au sujet d’une personne bien précise mais plutôt au sujet d’un lieu ou d’une activité en particulier ».

[29] Les soupçons raisonnables doivent être évalués à la lumière de toutes les circonstances. L’appréciation doit prendre en compte l’ensemble des faits objectivement discernables qui donneraient à l’enquêteur un motif raisonnable de soupçonner une personne d’être impliquée dans le type d’activité criminelle sur lequel porte l’enquête. L’appréciation doit s’appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l’expérience pratique quotidienne (voir *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, par. 60). Les soupçons raisonnables du policier ne sauraient être évalués isolément (voir *Monney*, par. 50).

[30] Un ensemble de facteurs ne suffira pas à justifier des soupçons raisonnables lorsqu’ils équivalent simplement à des soupçons « généraux », puisque la fouille [TRADUCTION] « viserait un tel nombre de personnes censément innocentes qu’elle se rapprocherait d’une mesure subjective administrée aléatoirement » (*United States c. Gooding*, 695 F.2d 78 (4th Cir. 1982), p. 83). La jurisprudence américaine exige également un ensemble de facteurs suffisamment spécifiques. Voir *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), et *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). En effet, la norme des soupçons raisonnables est conçue pour prévenir les fouilles aveugles et discriminatoires.

[31] Bien que certains facteurs, comme le fait de voyager sous un faux nom ou celui de fuir les policiers, puissent à eux seuls éveiller des soupçons raisonnables (*Kang-Brown*, par. 87, le juge Binnie), d’autres éléments d’un ensemble ne donneront naissance à des soupçons raisonnables que s’ils sont combinés à d’autres. Généralement, les caractéristiques qui s’appliquent globalement aux personnes innocentes ne suffisent pas, puisqu’elles ne

that may “go both ways”, such as an individual’s making or failing to make eye contact. On their own, such factors cannot support reasonable suspicion; however, this does not preclude reasonable suspicion arising when the same factor is simply one part of a constellation of factors.

[32] Further, reasonable suspicion need not be the only inference that can be drawn from a particular constellation of factors. Much as the seven stars that form the Big Dipper have also been interpreted as a bear, a saucepan, and a plough, factors that give rise to a reasonable suspicion may also support completely innocent explanations. This is acceptable, as the reasonable suspicion standard addresses the *possibility* of uncovering criminality, and not a *probability* of doing so.

[33] Exculpatory, neutral, or equivocal information cannot be disregarded when assessing a constellation of factors. The totality of the circumstances, including favourable and unfavourable factors, must be weighed in the course of arriving at any conclusion regarding reasonable suspicion. As Doherty J.A. found in *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.), at p. 751, “[t]he officer must take into account all information available to him and is entitled to disregard only information which he has good reason to believe is unreliable”. This is self-evident.

[34] However, the obligation of the police to take all factors into account does not impose a duty to undertake further investigation to seek out exculpatory factors or rule out possible innocent explanations. As was noted in *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989), at p. 10 (citing *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983), at p. 244, footnote 13), “the relevant inquiry is not whether particular conduct is ‘innocent’ or ‘guilty,’ but the degree of suspicion that attaches to particular types of non-criminal acts”. In conducting this inquiry to ascertain whether reasonable suspicion was present, the court will assess the circumstances the police were aware of at the time of the execution of the

peuvent révéler que des soupçons généraux. Il en va de même des facteurs qui peuvent aller « dans les deux sens », par exemple le fait qu’une personne regarde ou non quelqu’un dans les yeux. À eux seuls, de tels facteurs ne sauraient fonder des soupçons raisonnables, mais ils le peuvent s’ils s’inscrivent dans un ensemble de facteurs.

[32] De plus, on peut tirer d’un ensemble particulier de facteurs autre chose que des soupçons raisonnables. Tout comme les sept étoiles qui forment la Grande Ourse représentent pour certains une louche, une casserole ou une charrue, les facteurs qui font naître des soupçons raisonnables peuvent également admettre des explications tout à fait innocentes. Il s’agit d’une thèse acceptable, puisque la norme des soupçons raisonnables correspond à la *possibilité* — et non à la *probabilité* — de découvrir de la criminalité.

[33] On ne peut faire abstraction des renseignements disculpatoires, neutres ou équivoques dans l’évaluation d’un ensemble de facteurs. Il faut pondérer toutes les circonstances, tant les facteurs favorables que les facteurs défavorables, avant de conclure ou non à l’existence de soupçons raisonnables. Pour reprendre les propos du juge Doherty dans l’arrêt *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.), p. 751, [TRADUCTION] « [l]’agent doit prendre en compte tous les renseignements à sa disposition et il ne peut faire abstraction que des renseignements dont il a de bonnes raisons de croire qu’ils ne sont pas fiables ». C’est l’évidence même.

[34] Toutefois, l’obligation imposée à la police de prendre en compte tous les facteurs ne la contraint pas à pousser l’enquête pour trouver des facteurs disculpatoires ou écarter des explications possiblement innocentes. Comme le tribunal l’a noté dans l’arrêt *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989), p. 10 (citant *Illinois c. Gates*, 462 U.S. 213 (1983), p. 244, note de bas de page 13), [TRADUCTION] « la question pertinente n’est pas de savoir si un comportement particulier est “innocent” ou “coupable”, mais de déterminer dans quelle mesure des types particuliers d’actes non criminels font naître des soupçons ». En procédant à cette analyse pour déterminer l’existence de soupçons raisonnables,

search, including those learned after the decision to deploy the sniffer dog was made if there is a delay in deployment, as there was in this case. However, it would not be permissible for the reasonable suspicion inquiry to assess circumstances learned *after* the execution of the search: see *Kang-Brown*, at para. 92.

[35] Finally, the objective facts must be indicative of the possibility of criminal behaviour. While I agree with the appellant's submission that police must point to particularized conduct or particularized evidence of criminal activity in order to ground reasonable suspicion, I do not accept that the evidence must itself consist of unlawful behaviour, or must necessarily be evidence of a specific known criminal act.

[36] A nexus must exist between the criminal conduct that is suspected and the investigative technique employed: see *Mann*, at para. 34. In the context of drug detection dogs, this nexus arises by way of a constellation of facts that reasonably supports the suspicion of drug-related activity that the dog deployed is trained to detect. For instance, in *R. v. Payette*, 2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289, the Court of Appeal for British Columbia stated that in order to justify the deployment of a sniffer dog, the constellation must be "capable of providing the required objectively discern[i]ble nexus between the [accused] and illegal drug activity" (para. 22). Binnie J. was of a similar view in *Kang-Brown*, where he cast reasonable suspicion broadly, linking it to the presence of contraband (para. 25). The particularized indicia of drug couriers have been documented by the police and can be established by objective evidence.

[37] In sum, when single-profile narcotic dogs are deployed on the basis of reasonable suspicion, the police intrusion must be connected to factors indicating a drug-related offence. Reasonable suspicion does not, however, require the police to point to a specific ongoing crime, nor does it entail the

le tribunal évaluera les circonstances dont les policiers avaient connaissance au moment de procéder à la fouille, y compris celles qu'ils ont apprises après la décision d'utiliser le chien renifleur si elle n'a pas été mise à exécution immédiatement, comme en l'espèce. En revanche, l'analyse servant à déterminer l'existence de soupçons raisonnables ne saurait tenir compte de circonstances dont la police a eu connaissance *après* la fouille (voir *Kang-Brown*, par. 92).

[35] Enfin, les faits objectifs doivent révéler la possibilité d'un comportement criminel. Bien que j'accepte l'argument de l'appelant selon lequel la police doit fonder sur un comportement précis ou un indice précis d'activité criminelle les soupçons raisonnables, je rejette celui voulant que l'indice doive constituer lui-même un comportement illégal ou révéler un acte criminel identifié.

[36] Il doit y avoir un lien entre le comportement suspect et la technique d'enquête utilisée (voir *Mann*, par. 34). Dans le contexte des chiens détecteurs de drogue, ce lien est établi dès lors qu'un ensemble de faits justifie raisonnablement de soupçonner une activité liée à la drogue que l'animal est dressé pour détecter. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Payette*, 2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a affirmé que, pour justifier l'utilisation d'un chien renifleur, l'ensemble doit être [TRADUCTION] « susceptible de fournir le lien objectivement discernable entre l'[accusé] et l'activité illégale liée à la drogue » (par. 22). Le juge Binnie exprime un avis semblable dans l'arrêt *Kang-Brown*, où il conçoit les soupçons raisonnables en termes larges et les associe à la présence d'articles interdits (par. 25). La police a circonscrit les indices du passage de drogue, et des éléments objectifs peuvent permettre d'en établir l'existence.

[37] En somme, la décision de la police, fondée sur l'existence de soupçons raisonnables, d'utiliser un chien spécialement dressé pour la détection de stupéfiants doit reposer sur des facteurs suggérant une infraction relative à la drogue. La norme des soupçons raisonnables n'exige toutefois pas que

identification of the precise illegal substance being searched for. The reasonable suspicion held by the police need only be linked to the possession, traffic, or production of drugs or other drug-related contraband.

(2) Profiling and Reasonable Suspicion

[38] The appellants in this case and in the companion appeal, *MacKenzie*, as well as the interveners the Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) and the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic ask this Court to rule that drug courier profiles cannot ground reasonable suspicion in and of themselves. They say that reliance on profiles replaces rigorous judicial scrutiny with the police view of the circumstances. The CCLA highlights various dangers related to the use of profiles, even as an investigative tool to identify persons of interest, such as inconsistent application or after-the-fact modification by the police, unanticipated impacts on bystanders, disproportionate harm to visible minorities, and stereotyping.

[39] In my view, it is unhelpful to speak of profiling as generating reasonable suspicion. The term itself suggests an assessment based on stereotyping and discriminatory factors, which have no place in the reasonable suspicion analysis. Rather, the analysis must remain focused on one central question: Is the totality of the circumstances, including the specific characteristics of the suspect, the contextual factors, and the offence suspected, sufficient to reach the threshold of reasonable suspicion?

[40] The application of the reasonable suspicion standard cannot be mechanical and formulaic. It must be sensitive to the particular circumstances of each case. Characteristics identified by a police profile can be considered when evaluating reasonable suspicion; however, profile characteristics are not a substitute for objective facts that raise a reasonable

les policiers indiquent le crime précis en voie de perpétration ou identifient la substance illicite recherchée. Il suffit que leurs soupçons raisonnables portent sur la possession, le trafic ou la production de drogue ou d’articles interdits liés à la drogue.

(2) Le profilage et les soupçons raisonnables

[38] Les appelants dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe, *MacKenzie*, ainsi que l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») et la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko, intervenantes en l’espèce, demandent à la Cour de statuer que les profils des passeurs de drogue ne sauraient à eux seuls fonder des soupçons raisonnables. Ils affirment qu’en s’appuyant sur des profils on substitue le point de vue des policiers sur la situation à un examen judiciaire rigoureux. L’ACLC met en évidence plusieurs dangers liés au recours aux profils, même comme outils d’enquête permettant de repérer les personnes d’intérêt, par exemple une application incohérente ou la modification après coup par les policiers, l’incidence imprévue sur des tiers, le tort disproportionné causé aux minorités visibles et les stéréotypes.

[39] À mon avis, rien ne sert de parler de profilage comme source de soupçons raisonnables. Le terme lui-même évoque une évaluation fondée sur des stéréotypes et des facteurs discriminatoires qui n’ont pas leur place dans l’analyse servant à déterminer s’il existe des soupçons raisonnables. Cette analyse doit plutôt demeurer axée sur la question fondamentale, à savoir l’ensemble des circonstances — y compris les caractéristiques propres au suspect, les facteurs contextuels et l’infraction soupçonnée — suffit-il pour que le seuil des soupçons raisonnables soit atteint?

[40] L’application de la norme des soupçons raisonnables ne saurait être mécanique ni convenue. Elle est fonction des circonstances particulières de chaque espèce. Dans l’évaluation qu’elle emporte, les caractéristiques définies dans un profil policier peuvent être prises en considération; toutefois, elles ne sauraient se substituer à des faits objectifs

suspicion of criminal activity. Profile characteristics must be approached with caution precisely because they risk undermining a careful individualized assessment of the totality of the circumstances.

[41] In this case, the profiling alleged consisted of a set of factors that the officers had been taught to look for and had learned through experience to look for in order to detect drug couriers. Whether or not these factors give rise to reasonable suspicion will depend upon a police officer's reasons for relying on specific factors, the evidence connecting these factors to criminal activity, and the entirety of the circumstances of the case.

[42] It is not alleged in this case, or in the companion appeal, that any form of discriminatory profiling took place. Even though we are not concerned with these issues here, I caution that courts must be wary that factors arising out of police experience are not in fact stereotypical or discriminatory.

[43] Furthermore, the elements considered as part of the reasonable suspicion analysis must respect *Charter* principles. The factors considered under the reasonable suspicion analysis must relate to the actions of the subject of an investigation, and not his or her immutable characteristics.

[44] Nor should the exercise of *Charter* rights, such as the right to remain silent or to walk away from questioning made outside the context of a detention, provide grounds for reasonable suspicion. These rights become meaningless to the extent that they are capable of forming the basis of reasonable suspicion. Individuals should not have to sacrifice privacy to exercise *Charter* rights.

(3) Nature of Judicial Scrutiny

[45] The requirement for objective and ascertainable facts as the basis for reasonable suspicion permits an independent after-the-fact review by the court and protects against arbitrary state action. Under the *Collins* framework, the onus is on the

donnant naissance à des soupçons raisonnables quant à la perpétration d'une activité criminelle. Il convient d'envisager les caractéristiques du profil avec prudence, justement parce qu'il existe un risque qu'elles minent l'évaluation attentive de l'ensemble des circonstances, qui s'effectue au cas par cas.

[41] En l'espèce, le profil en question consistait dans un ensemble de facteurs propres aux passeurs de drogue d'après la formation et l'expérience des agents. Ces facteurs feront naître ou non des soupçons raisonnables en fonction des motifs qu'aura le policier d'en relever certains, des éléments rattachant ces facteurs à une activité criminelle et de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

[42] Ni en l'espèce, ni dans le pourvoi connexe, on ne prétend qu'il y a eu profilage discriminatoire. Même si nous n'avons pas à trancher de telles questions, j'appelle les tribunaux à considérer avec prudence les facteurs issus de l'expérience policière pour déterminer s'ils constituent en fait des stéréotypes ou de la discrimination.

[43] Qui plus est, les éléments considérés dans l'analyse visant à déterminer s'il existe des soupçons raisonnables doivent respecter les principes de la *Charte*. Ils doivent porter sur les actes de la personne visée par l'enquête, et non sur ses caractéristiques immuables.

[44] L'exercice des droits garantis par la *Charte*, par exemple celui de garder le silence ou de mettre fin à un interrogatoire qui n'est pas tenu dans le contexte de la détention, ne saurait pas non plus fonder des soupçons raisonnables. Ces droits perdraient alors tout leur sens. Personne ne devrait avoir à sacrifier sa vie privée pour exercer les droits que lui garantit la *Charte*.

(3) La nature de l'examen par les tribunaux

[45] L'exigence de soupçons raisonnables fondés sur des faits objectivement discernables permet un examen judiciaire ultérieur et protège contre l'action arbitraire de l'État. Selon le cadre établi dans l'arrêt *Collins*, le ministère public a le fardeau

Crown to show that the objective facts rise to the level of reasonable suspicion, such that a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have held a reasonable suspicion of criminal activity.

[46] Rigorous judicial scrutiny is an independent review that ensures that the suspicion relied on by the police is supported by factors that are objectively ascertainable, meaning that the suspicion is based on “factual elements which can be adduced in evidence and permit an independent judicial assessment”: P. Sankoff and S. Perrault, “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123, at p. 125. The constellation of facts must be based in the evidence, tied to the individual, and capable of supporting a logical inference of criminal behaviour. If the link between the constellation and criminality cannot be established by way of a logical inference, the Crown must lead evidence to connect the circumstances to criminality. This evidence may be empirical or statistical, or it may be based upon the investigating officer’s training and experience.

[47] An officer’s training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer’s experience will suffice, or that deference is owed to a police officer’s view of the circumstances based on her training or experience in the field: see *Payette*, at para. 25. A police officer’s educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard. Evidence as to the specific nature and extent of such experience and training is required so that the court may make an objective assessment of the probative link between the constellation of factors relied on by the police and criminality. The more general the constellation relied on by the police, the more there will be a need for specific evidence regarding police experience and training. To the extent that specific evidence of the investigating officer’s experience and training supports the link the Crown asks the court to draw, the more compelling that link will be.

de prouver que les faits objectifs font naître des soupçons raisonnables, de sorte qu’une personne raisonnable à la place du policier aurait soupçonné raisonnablement la tenue d’une activité criminelle.

[46] L’examen judiciaire rigoureux sert à vérifier de manière indépendante que les soupçons sur lesquels les policiers se sont appuyés sont à leur tour fondés sur des facteurs qui sont objectivement discernables, c’est-à-dire que les soupçons reposent sur [TRADUCTION] « des éléments factuels susceptibles d’être présentés en preuve et permettent une appréciation judiciaire indépendante » (P. Sankoff et S. Perrault, « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123, p. 125). L’ensemble de faits sur lequel s’appuient les policiers doit donc reposer sur la preuve, être lié au suspect et pouvoir étayer une inférence logique quant à l’existence d’un comportement criminel. Si le lien entre l’ensemble et la criminalité ne peut être établi au moyen d’une inférence logique, le ministère public doit présenter une preuve — empirique, statistique ou tirée de la formation et de l’expérience de l’enquêteur — visant à l’établir.

[47] La formation et l’expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu’empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s’ensuit pas que l’intuition fondée sur l’expérience du policier suffira ou que le point de vue de ce dernier sur les circonstances commandera la déférence (voir *Payette*, par. 25). Une supposition éclairée ne saurait supplanter l’examen rigoureux et indépendant qu’exige la norme des soupçons raisonnables. La nature et la teneur de la formation et de l’expérience doivent être démontrées pour permettre au tribunal de déterminer objectivement si le lien entre l’ensemble de facteurs circonscrit par la police et la criminalité est probant. Plus cet ensemble est général, plus il faudra fournir une preuve particulière de l’expérience et de la formation policières. Et plus cette preuve sous-tend le lien que le ministère public demande au tribunal d’établir, plus ce lien sera jugé convaincant.

(4) Reliability of Individual Dogs

[48] Concerns about the reliability and accuracy of a drug detection dog may arise at each level of the *Collins* inquiry. In *Kang-Brown*, the high accuracy of sniffer dogs that were properly trained and deployed was key to endorsing a reasonable suspicion standard for sniff searches. Further, in light of the consequences of a false indication, the reliability of a particular dog is also relevant to determining whether a particular sniff search was conducted reasonably in the circumstances: see *Kang-Brown*, at paras. 63-65.

[49] The consequences of a false indication by a sniffer dog can be severe. As discussed below, a positive indication for the presence of the smell of narcotics by a reliable dog may, depending on the circumstances, lead to reasonable and probable grounds for an arrest. If the police make use of a dog whose indications cannot be taken as a reliable sign of the presence of the smell of drugs, the false positive resulting from the dog's unreliable nose could lead to unnecessary arrests. Because dogs are trained to indicate for smell and thus may indicate even in the absence of drugs, validations in controlled settings are important, as it is only in such environments that a false positive can truly be identified.

[50] However, evidence of the searching dog's performance during past deployments is also relevant. Because the dog's ability is to detect the *smell* of drugs, a sniffer dog will be unable to distinguish between a smell emanating from contaminated items rather than actual drugs. If the smell of drugs from contaminated property becomes pervasive, the utility of an indication by smell is diminished. In environments with high contamination rates, a dog may be inherently unreliable; however, this should not count against a dog's performance record in general. Information about deployment may also demonstrate whether a particular dog is exceptionally prone to false alerts or detecting residual odours.

(4) La fiabilité du chien

[48] Il se peut que la fiabilité d'un chien détecteur de drogue suscite des questions à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'arrêt *Collins*. Dans l'affaire *Kang-Brown*, la grande fiabilité des chiens renifleurs bien dressés et utilisés a joué un rôle crucial dans la décision de la Cour d'accepter la norme des soupçons raisonnables pour ce genre de fouilles. En outre, vu les conséquences découlant d'un faux positif, la fiabilité du chien en question joue également pour déterminer si la fouille a été menée de manière abusive dans les circonstances (voir *Kang-Brown*, par. 63-65).

[49] Les conséquences d'un faux positif peuvent être graves. Comme nous le verrons, il se peut, selon les circonstances, que l'indication par un chien fiable qu'il a détecté l'odeur de stupéfiants donne au policier des motifs raisonnables et probables d'arrestation. Le recours à un chien dont l'odorat n'est pas fiable risque de mener à des arrestations inutiles. Les chiens étant dressés pour déceler l'odeur de la drogue et sont de ce fait susceptibles de la détecter même en l'absence de la substance, il est important de procéder à des validations dans un environnement contrôlé, car c'est seulement dans un tel environnement qu'il est véritablement possible de reconnaître un faux positif.

[50] Néanmoins, la preuve du rendement du chien renifleur au cours d'utilisations antérieures est également pertinente. Parce que le chien est dressé à détecter l'*odeur* de drogue, il sera incapable de distinguer celle qui émane d'articles contaminés de celle qui émane de la substance elle-même. Si des biens contaminés dégagent un effluve puissant, l'utilité d'une indication olfactive sera réduite. Dans un environnement présentant un taux de contamination élevé, il se peut qu'un chien ne soit pas fiable en raison de la nature même de ses compétences. Cependant, il ne faudrait pas que son dossier général de rendement en souffre. Le bilan des utilisations sur le terrain peut également indiquer si l'animal démontre une tendance exceptionnelle à donner de fausses alertes ou à détecter des odeurs résiduelles.

[51] A method of searching that captures an inordinate number of innocent individuals cannot be reasonable, due to the unnecessary infringement of privacy and personal dignity that an arrest would bring. Accordingly, both the capacity of the individual dog and the potential for the dog to be less accurate in certain settings due to environmental cross-contamination must factor into the contextual analysis of reliability. In order to assist in analyzing an individual dog's susceptibility for providing false positives, handlers should keep records of the dog and team's performance. Both the results of testing in a controlled setting and the results of deployment in the field are helpful in assessing the reliability of a positive indication as a sign of the actual presence of drugs.

[52] The appellant urges the Court to insist on national testing standards in order to ensure consistent reliability of sniffer dogs. However, while standards to regulate the use of sniffer dogs would be desirable, they must be implemented through legislative action by Parliament.

[53] In the absence of legislated standards, trial judges must continue to scrutinize the evidence before them in order to determine whether the particular sniff search meets the *Collins* criteria. Thus, even though *indicia* like a dog's past performance and the risk of cross-contamination can be relevant to determining a dog's reliability, no specific evidentiary requirements will apply mechanically to every case. The prosecution does not have to prove that the dog is infallible, just as it does not have to prove that an informer's tip is infallible.

[54] Dog reliability is also important to determining whether a positive indication provides the reasonable and probable grounds required to justify further police action. The reviewing court will make this determination armed with the results of the sniff search and evidence regarding the reliability of the dog. If a sniff search is conducted lawfully, the officer already has reasonable grounds

[51] Une méthode de fouille qui aurait pour effet de viser un nombre démesuré de personnes innocentes ne saurait être jugée non abusive, en raison de l'atteinte injustifiée à la vie privée et à la dignité personnelle qu'emporteraient les arrestations. Par conséquent, la capacité du chien et la possibilité de fiabilité réduite de l'animal dans certains environnements présentant une contamination croisée doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse contextuelle de la fiabilité. Pour les aider à reconnaître les situations où leur animal risque d'indiquer des faux positifs, les maîtres-chiens devraient tenir des dossiers sur le rendement de ce dernier et de l'équipe. Tant les résultats d'essais dans un environnement contrôlé que ceux de l'utilisation sur le terrain sont utiles pour déterminer si une indication constitue un signe fiable de la présence réelle de drogue.

[52] L'appelant demande à la Cour d'exiger l'établissement de normes nationales de vérification pour assurer la fiabilité systématique de tous les chiens renifleurs. Toutefois, bien que des normes régissant le recours à ces chiens soient souhaitables, il appartient au législateur de légiférer en ce sens.

[53] En l'absence de normes légales, le juge de première instance doit, comme toujours, examiner attentivement la preuve dont il dispose pour déterminer si la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur respecte le critère établi dans l'arrêt *Collins*. Par conséquent, même si certains *indices* — notamment le rendement passé d'un chien et le risque de contamination croisée — peuvent être pertinents quand il s'agit d'apprécier la fiabilité de l'animal, aucune exigence particulière en matière de preuve ne s'appliquera mécaniquement dans chaque affaire. La poursuite n'a pas à prouver l'infaillibilité du chien, tout comme elle n'a pas à prouver l'infaillibilité de l'information communiquée par un indicateur.

[54] La fiabilité du chien importe également pour savoir si l'indication qu'il a donnée fournit les motifs raisonnables et probables nécessaires à la prise d'autres mesures policières. Le tribunal siégeant en révision procédera à cette appréciation en s'appuyant sur le résultat de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur et sur la preuve relative à la fiabilité de ce dernier. Si la fouille est effectuée

to suspect criminal conduct based on the totality of the circumstances that existed prior to the sniff search. With all these elements in mind, the court must determine whether the *totality* of the circumstances reached the reasonable and probable grounds threshold. I note that a similar approach was recently endorsed by the Supreme Court of the United States in *Florida v. Harris*, 133 S.Ct. 1050 (2013), albeit in the context of the “probable cause” test, which is specific to American law.

(5) Actions Following Positive Indication

[55] Once a sniffer dog has delivered a positive indication, the police often seek consent for a verification search. Provided that the consent is properly sought and obtained, the search will respect s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145. Alternately, the police may determine that they have the grounds required under the *Charter* to proceed with a warrantless arrest, namely reasonable and probable grounds to believe that the accused has committed an offence: see *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 249-51. If the arrest is validly made, the police may conduct a search incident to arrest in order to secure evidence that could be used at the accused’s trial: see *Caslake*. That is what occurred in this case, and in the majority of reported cases dealing with sniff searches occurring post-*Kang-Brown* in which the police conducted a search to confirm the presence of drugs.³

3 *R. v. Lozano*, 2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL) (arrest then search); *R. v. Nguyen*, 2013 SKQB 36 (CanLII) (arrest then search); *Alberta v. Jarvis*, 2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154 (arrest then search); *R. v. Gowing*, 2012 ABPC 38, 532 A.R. 312 (arrest then search); *R. v. Earle*, 2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123 (arrest then search); *R. v. Krafczyk*, 2011 ABQB 107, 511 A.R. 211 (verification search, but the accused had fled the scene); *R. v. Imani*, [2012] N.B.J. No. 120 (QL) (Q.B. (T.D.)) (arrest then search); *R. v. Ryan*, 2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97 (arrest then search); *R. v. Hoy*, 2010 ABQB 575, 534 A.R. 58 (arrest then search); *R. v. Hoang*, 2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127 (verification search of the accused’s car conducted on consent, verification search of the accused’s person conducted incident to arrest).

en toute légalité, l’agent a déjà des motifs raisonnables de soupçonner une conduite criminelle, compte tenu de l’ensemble des circonstances préalables à la fouille. La cour doit prendre en considération ces éléments pour déterminer si, à la lumière de l’ensemble des circonstances, le seuil des motifs raisonnables et probables est atteint. Je note que la Cour suprême des États-Unis a récemment adopté cette approche dans l’arrêt *Florida c. Harris*, 133 S.Ct. 1050 (2013), quoique dans le contexte du critère de la « cause probable », propre au droit américain.

(5) Les mesures découlant d’une indication

[55] Après l’indication donnée par un chien renifleur, le policier demande souvent le consentement pour effectuer une fouille aux fins de vérification. Pourvu que le consentement soit dûment demandé et obtenu, la fouille est conforme à l’art. 8 de la *Charte* (voir *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145). Par ailleurs, les policiers peuvent conclure qu’ils ont les motifs exigés par cette dernière pour procéder à une arrestation sans mandat, c’est-à-dire des motifs raisonnables et probables de croire que l’accusé a commis une infraction (voir *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 249-251). Si l’arrestation est valide, les policiers peuvent effectuer une fouille qui y est accessoire pour protéger les éléments de preuve susceptibles d’être présentés au procès de l’accusé (voir *Caslake*). C’est ainsi que les policiers ont procédé en l’espèce, tout comme dans la plupart des affaires répertoriées postérieures à *Kang-Brown* où l’utilisation d’un chien renifleur a mené à une fouille aux fins de vérification³.

3 *R. c. Lozano*, 2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL) (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Nguyen*, 2013 SKQB 36 (CanLII) (arrestation suivie d’une fouille); *Alberta c. Jarvis*, 2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154 (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Gowing*, 2012 ABPC 38, 532 A.R. 312 (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Earle*, 2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123 (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Krafczyk*, 2011 ABQB 107, 511 A.R. 211 (fouille aux fins de vérification, mais l’accusé avait fui les lieux); *R. c. Imani*, [2012] N.B.J. No. 120 (QL) (B.R. (1^{re} inst.)) (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Ryan*, 2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97 (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Hoy*, 2010 ABQB 575, 534 A.R. 58 (arrestation suivie d’une fouille); *R. c. Hoang*, 2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127 (fouille aux fins de vérification de la voiture de l’accusé effectuée avec son consentement, fouille aux fins de vérification de l’accusé accessoire à l’arrestation).

[56] The intervener the CCLA argued that a positive indication for drugs by a sniffer dog should only justify a verification search, which is less intrusive than an arrest. This position echoes Binnie J.'s observation in *Kang-Brown* (at para. 101) and *A.M.* (at para. 14) that it would be preferable that no arrest be made until a verification search has confirmed the presence of drugs.

[57] Given the fact that the use of verification searches, as opposed to arrests, to respond to positive indications for drugs from sniffer dogs was not raised by the parties or addressed by the courts below, I would leave this issue for another day.⁴ However, it seems to me that the minimal intrusion on privacy interests posed by a sniff search was key to this Court's decision in *Kang-Brown* and *A.M.* to recognize a common law power to sniff search without prior judicial authorization. The same would not hold true for verification searches, which involve the actual inspection of a hiding place's contents and pose a greater interference with privacy interests. I note as well that Binnie J. did not speak for a majority of the Court in *Kang-Brown* and *A.M.*, and did not provide a basis for the new common law power regarding verification searches: see J. Shapiro, "Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards" (2008), 55 C.R. (6th) 396, at p. 399.

[58] I would also observe that, in cases like this one, where the police deploy a sniffer dog to sniff an item in the absence of its owner, the police should generally provide notice to the owner of the item searched, even in the event of a negative indication. For example, it would be practical in such circumstances to simply add a tag or other notice to the item searched indicating that it had been sniffed

⁴ Subsequent to the hearing of this appeal, the Court of Appeal for Manitoba considered the constitutionality of verification searches in *R. v. Frieburg*, 2013 MBCA 40 (CanLII). In that case, the court determined, based on the reasons of Binnie J. in *Kang-Brown*, that verification searches pass constitutional muster.

[56] L'ACLC, intervenante en l'espèce, fait valoir que l'indication donnée par le chien renifleur ne justifie qu'une fouille aux fins de vérification, moins envahissante qu'une arrestation. Sa thèse fait écho à l'observation du juge Binnie dans *Kang-Brown* (par. 101) et dans *A.M.* (par. 14) selon laquelle il serait préférable de ne procéder à aucune arrestation tant qu'une fouille aux fins de vérification n'aura pas permis de confirmer la présence de drogue.

[57] Comme les parties n'ont pas soulevé la question du recours à une fouille aux fins de vérification plutôt qu'à une arrestation par suite de l'indication donnée par le chien renifleur et que les juridictions inférieures n'ont pas statué sur celle-ci, je suis d'avis de remettre à une autre occasion une telle analyse⁴. Toutefois, il me semble que l'atteinte minimale à la vie privée qu'emporte la fouille effectuée au moyen d'un chien renifleur a compté pour beaucoup dans la décision de la Cour (dans les affaires *Kang-Brown* et *A.M.*) de reconnaître le pouvoir, issu de la common law, d'effectuer de telles fouilles sans autorisation judiciaire préalable. Il n'en irait pas de même de la fouille aux fins de vérification, qui emporte l'inspection physique du contenu d'une cache et porte davantage atteinte au droit à la vie privée. Je signale en outre que le juge Binnie ne s'exprime pas au nom des juges majoritaires dans les arrêts *Kang-Brown* et *A.M.* et qu'aucune source n'étaye ce nouveau pouvoir de common law relatif à la fouille aux fins de vérification (voir J. Shapiro, « Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards » (2008), 55 C.R. (6th) 396, p. 399).

[58] Je signale également que, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, où la police soumet à un contrôle par un chien renifleur un article en l'absence de son propriétaire, elle devrait généralement en aviser ce dernier, même si le chien n'a rien détecté. Par exemple, dans de telles circonstances, il serait pratique de fixer une étiquette à l'article ayant subi la fouille ou d'indiquer par

⁴ Après l'audition du présent pourvoi par notre Cour, la Cour d'appel du Manitoba s'est penchée sur le caractère constitutionnel de la fouille aux fins de vérification dans *R. c. Frieburg*, 2013 MBCA 40 (CanLII). Se fondant sur les motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Kang-Brown*, la Cour d'appel a jugé qu'une telle fouille résistait au contrôle de sa constitutionnalité.

for drugs by a dog trained to detect the smell of drugs. Indeed, as I have explained, the rigour of the reasonable suspicion standard is derived from the fact that it is based on objective facts that are subject to judicial review. Without a notice requirement, judicial review of a search conducted in the absence of an item's owner may not be possible. Further, as this Court noted in *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at paras. 82-84, after-the-fact notice of searches that are not subject to prior judicial authorization is an important safeguard against the abuse of such powers. However, the appellant in this case clearly had notice of the sniff search conducted in his absence.

B. *Application to This Case*

[59] The intervener the Attorney General of Ontario suggested that travellers do not have a reasonable expectation of privacy in their checked luggage in an airport setting, given the security screening that such luggage is subjected to as a condition of travel. However, as this Court has found in the past, an individual's reasonable expectation of privacy must be assessed contextually, and may vary depending on the nature of the circumstances: see *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at paras. 26 and 38. The trial judge found that while the appellant was aware of and implicitly consented to the security screening that his bag would undergo, this did not undermine his reasonable expectation of privacy in his checked luggage with regard to general police investigations. The Court of Appeal agreed. The Crown does not contest these findings before this Court, and I see no reason to disturb them. Accordingly, the appellant's interests under s. 8 of the *Charter* were engaged in this case.

un autre moyen que l'article en question a été flairé par un chien dressé pour détecter l'odeur de drogue. En effet, comme nous l'avons vu, la rigueur de la norme des soupçons raisonnables tient au fait qu'elle est fondée sur des faits objectifs soumis au contrôle judiciaire. À défaut d'une exigence d'aviser le propriétaire, le contrôle judiciaire de la fouille effectuée en l'absence du propriétaire de l'article pourrait se révéler impossible. En outre, comme le signale la Cour dans *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 82-84, l'avis donné après les fouilles ne nécessitant pas une autorisation judiciaire préalable constitue une protection importante contre l'abus de ces pouvoirs. Or, l'appelant en l'espèce a manifestement été avisé de la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur en son absence.

B. *Application à l'espèce*

[59] Le procureur général de l'Ontario, intervenant en l'espèce, laisse entendre que les voyageurs n'ont aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de leur bagage enregistré à l'aéroport, étant donné le contrôle de sécurité auquel celui-ci est obligatoirement soumis préalablement au vol. Toutefois, comme le dit la Cour, l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée s'apprécie selon le contexte et est susceptible de varier selon les circonstances (voir *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26 et 38). En l'espèce, le juge du procès a conclu que, bien que l'appelant ait eu connaissance du contrôle de sécurité que subirait sa valise et y ait consenti de manière implicite, ce fait ne mine aucunement l'attente raisonnable de l'appelant au respect de sa vie privée à l'égard de son bagage enregistré, dans le contexte d'une enquête policière générale. La Cour d'appel était du même avis. Le ministère public ne conteste pas ces conclusions devant la Cour, et je ne conçois aucune raison justifiant de les modifier. Par conséquent, les droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'appelant sont en cause en l'espèce.

(1) Reasonable Suspicion of the Police(a) *Standard of Review*

[60] A trial judge's determination as to whether a constellation of factors relied on by the police in making the decision to deploy a sniffer dog gave rise to a reasonable suspicion is a question of mixed fact and law. While a trial judge is owed deference in relation to her factual findings, whether those factual findings support reasonable suspicion is a question of law, and as such is reviewable on the correctness standard: see *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20.

(b) *The Constellation in This Case*

[61] The trial judge found that the appellant travelled alone, on an overnight one-way flight from Vancouver to Halifax, that he was one of the last passengers to purchase a ticket for this flight, and that he had paid for his ticket with cash. The trial judge considered potential innocent explanations for individual factors that could have been dealt with through further investigation, and found that absent such investigation, there could be no reasonable suspicion of involvement in drug crimes.

[62] The Court of Appeal found that the trial judge erred by looking at each factor individually. In their view, it was not determinative that each factor, viewed in isolation, was capable of innocent explanation. They found that the circumstances must be looked at in their totality, which precludes a divide and conquer approach that finds each factor individually equivocal.

[63] The appellant argues that none of the factors highlighted by the police in this case involve particularized evidence of criminal activity, and that they capture large groups of innocent travellers. He also submits that, in order to raise reasonable suspicion, the use of cash must be paired with particularized conduct that raises a reasonable suspicion of criminal activity.

(1) Les soupçons raisonnables de la policea) *Norme de contrôle*

[60] La conclusion du juge du procès quant à savoir si l'ensemble de facteurs étayant la décision de la police d'utiliser un chien renifleur donnait naissance à des soupçons raisonnables constitue une question mixte de fait et de droit. Bien que les conclusions de fait tirées par le juge commandent la déférence, la question de savoir si elles justifient ou non l'existence des soupçons raisonnables constitue une question de droit, assujettie à la norme de la décision correcte (voir *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20).

b) *L'ensemble de faits en l'espèce*

[61] Le juge du procès a déterminé que l'appelant voyageait seul, qu'il avait acheté un billet aller simple sur la liaison de nuit Vancouver-Halifax, qu'il était l'un des derniers passagers à acheter son billet et qu'il avait payé comptant. Le juge a envisagé pour chacun de ces facteurs des explications innocentes qui auraient pu faire l'objet d'une enquête plus poussée et a conclu qu'à défaut d'une telle enquête, rien n'éveillait de soupçons raisonnables d'activité criminelle liée à la drogue.

[62] Selon la Cour d'appel, le juge du procès avait eu tort d'examiner chaque facteur individuellement. De l'avis des juges, il n'était pas déterminant que chaque facteur, considéré isolément, admît une explication innocente; il fallait plutôt examiner les circonstances dans leur ensemble, et non pas les compartimenter pour finir par conclure à la nature équivoque de chaque facteur.

[63] L'appelant fait valoir qu'aucun des facteurs relevés par la police en l'espèce ne constitue de preuve précise d'une activité criminelle et que ces facteurs visent de nombreux voyageurs innocents. Il soutient également que, pour susciter des soupçons raisonnables, il faut que le paiement comptant soit assorti d'un certain comportement qui éveille lui-même des soupçons raisonnables quant à une activité criminelle.

[64] The presence of reasonable suspicion must be assessed in the context of a specific case. The officers testified that no indicator by itself was determinative, that the decision to deploy a sniffer dog was made based on the following factors: (1) the travel was on a one-way ticket; (2) the flight originated in Vancouver; (3) the appellant was travelling alone; (4) the ticket was purchased with cash; (5) the ticket was the last one purchased before the flight departed; (6) the appellant checked one piece of luggage; (7) the flight was overnight; (8) the flight took place mid- to late-week; and (9) drug couriers prefer less expensive airlines, such as WestJet. In her cross-examination, Constable Ruby gave evidence that most people meeting this constellation had been proven to be drug couriers:

Q: Now, Constable Ruby, yesterday you testified about some indicators that you, as a police officer, look at when you go to look at the manifest.

A: Yes, sir.

Q: Okay? And including things like how the ticket was purchased; you know, whether it was last minute, walk-up, paid for cash, et cetera, right?

A: Yes, sir.

Q: Now would you agree with me that not all people who purchase tickets in this manner are drug couriers?

A: Yes, sir.

Q: Okay. Would you agree with me that, in fact, most probably are not?

A: I wouldn't be able to agree to that, because what I look at, and it's been my experience that when there's a cluster, and in — taken in their totality, our experience has been that those persons that we have spoken to, or end up in arresting, have been in possession of narcotics. [A.R., vol. V, at pp. 64-65]

The officers testified they had seen this constellation in Halifax, and knew that it was common to drug

[64] L'existence de soupçons raisonnables s'apprécie eu égard au contexte d'une affaire. Dans leur témoignage, les agents ont affirmé qu'aucun indice n'était déterminant en soi et que le recours au chien renifleur était fondé sur les facteurs suivants : (1) il s'agissait d'un voyage en aller simple; (2) le vol provenait de Vancouver; (3) l'appelant voyageait seul; (4) le billet a été acheté comptant; (5) le billet était le dernier acheté avant le départ; (6) l'appelant a enregistré un seul bagage; (7) il s'agissait d'un vol de nuit; (8) le vol s'effectuait en milieu de semaine ou vers la fin de la semaine; (9) les passeurs de drogue préfèrent les compagnies aériennes offrant des billets à prix réduit, comme WestJet. Au cours de son contre-interrogatoire, l'agente Ruby a affirmé qu'il s'est avéré que la plupart des gens réunissant cet ensemble de facteurs sont des passeurs de drogue :

[TRADUCTION]

Q : Alors, Agente Ruby, hier vous avez témoigné au sujet de certains indices que vous, en tant que policière, relevez lorsque vous examinez le manifeste des passagers.

R : Oui Monsieur.

Q : D'accord? Y compris des éléments comme l'achat du billet; vous savez, si c'était à la dernière minute, au comptoir, payé comptant, etc., c'est ça?

R : Oui Monsieur.

Q : Maintenant, êtes-vous d'accord avec moi pour dire que les gens qui achètent des billets de cette manière ne sont pas tous des passeurs de drogue?

R : Oui Monsieur.

Q : Bon. Êtes-vous d'accord avec moi pour dire qu'en fait, la plupart ne le sont probablement pas?

R : Je ne pourrais pas être d'accord là-dessus, puisque quand je regarde, et selon mon expérience lorsqu'il y a un ensemble, et dans — considérés dans leur ensemble, l'expérience nous dicte que ces personnes à qui nous avons parlé, ou que nous finissons par arrêter, avaient en leur possession des stupéfiants. [d.a., vol. V, p. 64-65]

Les agents ont témoigné avoir déjà vu cet ensemble de facteurs à Halifax et savaient qu'il s'appliquait

couriers. The constellation had been noted in their training and observed by them in their prior investigations. It was not common to innocent travellers. This assertion was not challenged on cross-examination.

[65] In some cases, evidence has been adduced that challenges the probative value of the factors relied upon by the police: see *R. v. Wong*, 2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342, or *R. v. Calderon* (2004), 188 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.). In those cases, a poor track record undermined the police's reliance on the particular constellations involved. As Professor Tanovich has noted, "evidence of an unreasonably high false positive rate can impact on the ability of the police to rely on a profile, for example, in establishing the requisite constitutional threshold for an investigative detention or search": "A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles" (2008), 55 C.R. (6th) 379, at p. 391. No such evidence was adduced in this case.

[66] The appellant also argues that the police had a duty to investigate in order to exclude innocent explanations for the constellation giving rise to reasonable suspicion, and that the Court of Appeal erred by considering the relatively new condition of his suitcase, as this factor was not known to the police at the time of the decision to deploy the sniffer dog.

[67] As I have outlined above, the police are not under a duty to investigate alternative explanations for constellations of factors giving rise to reasonable suspicion. However, they must account for information received between the time of the decision to deploy the sniffer dog and the performance of the sniff search. In this case, there was evidence that the police practice was to take such information into account, and that factors such as being met by grieving family members or a comment on the reservation record noting a bereavement rate would likely exclude an individual from suspicion. The police are also entitled to account for

couramment à des passeurs de drogue. Ils l'avaient vu dans leur formation et l'avaient remarqué dans leurs enquêtes antérieures. Un tel ensemble n'est pas caractéristique des voyageurs innocents. Cette déclaration n'a pas été contestée lors du contre-interrogatoire.

[65] Dans certains cas, des éléments ont été invoqués pour miner la valeur probante des facteurs relevés par la police (voir *R. c. Wong*, 2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342, ou *R. c. Calderon* (2004), 188 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.)). Dans ces affaires, des résultats antérieurs médiocres avaient déprécié l'ensemble de facteurs pris en compte par la police. Comme le souligne le professeur Tanovich, [TRADUCTION] « la preuve d'un taux déraisonnablement élevé de faux positifs peut nuire à la capacité des policiers de se fier à un profil, par exemple, pour établir le seuil constitutionnel nécessaire à une détention ou à une fouille aux fins d'enquête » (« A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles » (2008), 55 C.R. (6th) 379, p. 391). Aucun élément de preuve de ce genre n'a été présenté en l'espèce.

[66] L'appelant plaide également que les policiers avaient l'obligation de faire enquête pour écarter les explications innocentes relatives à l'ensemble de facteurs donnant naissance à des soupçons raisonnables. En outre, selon lui, la Cour d'appel a eu tort de tenir compte de l'état de sa valise, qui était relativement neuve, puisque ce facteur n'était pas connu des policiers quand ils ont décidé d'utiliser le chien renifleur.

[67] Je le répète, les policiers n'ont pas l'obligation d'enquêter sur les autres explications possibles à un ensemble de facteurs qui donne naissance à des soupçons raisonnables. Toutefois, ils doivent prendre en compte les renseignements obtenus entre la décision d'avoir recours à un chien renifleur et son exécution. En l'espèce, la preuve révèle que la police avait pour pratique de tenir compte de ces renseignements et que des facteurs comme le fait pour le suspect d'être accueilli par des proches endeuillés ou un commentaire versé au dossier de réservation indiquant un tarif de deuil laveraient vraisemblablement celui-ci de tout soupçon. Les

information obtained that strengthens the inference of reasonable suspicion.

[68] However, I agree that the Court of Appeal erred by including the relatively new condition of the suitcase in the constellation of factors. Constable Pattison and Constable Ruby did not remark on the relatively new condition of the appellant's luggage until *after* Boris's sniff search. The constellation of factors must be assessed *at the time* of the search and not after: see *Kang-Brown*, at para. 92.

[69] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in principle in the manner of applying the reasonable suspicion standard by assessing the factors individually. Viewed in their entirety, the factors in this case justified a reasonable suspicion of illegal drug activity.

(2) Reasonableness of the Search

[70] The trial judge found that the search was unreasonable, as the sniffer dog used was not reliable. He focused on the fact that in this case, Boris indicated on a cooler containing no drugs, as well as the appellant's bag, finding this gave a reliability rating of 50 percent on the day in question. He also looked to actual deployments, including Boris's indications where no drugs were found. The trial judge concluded that the RCMP training assessment was unreliable, as it was not conducted by an independent agency and was not based on national standards. He was also of the view that the lack of instruction given by the RCMP to dog handlers with regard to the way in which a sniffer dog's reliability should be evaluated led to highly subjective accuracy assessments.

[71] The Court of Appeal overturned these findings, saying that they were based on speculation and misapprehension of the evidence.

[72] Corporal Daigle provided detailed evidence of Boris's validation performance and records of 178 deployments in the field from May 2003 to

policiers ont également le droit de prendre en compte des renseignements qui étayaient leurs soupçons raisonnables.

[68] Toutefois, je conviens que la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'état de la valise appartenait à l'ensemble des facteurs. Ce n'est qu'*après* la fouille par Boris que les agents Pattison et Ruby ont remarqué l'état de la valise de l'appelant. Or, l'ensemble des facteurs doit être évalué *au moment* de la fouille et non après (voir l'arrêt *Kang-Brown*, par. 92).

[69] Pour ces motifs, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel le juge du procès a commis une erreur de principe dans la manière d'appliquer la norme des soupçons raisonnables en appréciant les facteurs individuellement. Considérés dans leur ensemble, les facteurs en l'espèce justifiaient des soupçons raisonnables quant à une activité illicite liée à la drogue.

(2) Le caractère non abusif de la fouille

[70] Le juge du procès estimait que la fouille était abusive, puisque le chien renifleur n'était pas fiable. Il a porté une attention particulière au fait que Boris avait indiqué une glacière qui ne contenait aucune drogue en plus de la valise de l'appelant, concluant à un taux de fiabilité de 50 p. 100 ce jour-là. Il a également examiné le dossier de l'animal, y compris les faux positifs. Selon le juge du procès, l'évaluation par la GRC du dressage n'est pas probante, puisqu'elle n'est pas effectuée par un organisme indépendant et ne repose pas sur des normes nationales. Selon lui, les évaluations par les maîtres-chiens de la fiabilité de leur animal se révélaient très subjectives faute d'instructions provenant de la GRC sur la manière d'y procéder.

[71] La Cour d'appel a infirmé ces conclusions, qui étaient à son avis fondées sur des conjectures et une mauvaise appréciation de la preuve.

[72] Le caporal Daigle a fourni une preuve détaillée des contrôles de rendement de Boris et les relevés de 178 utilisations sur le terrain effectuées de

November 2005. As well, his evidence established that Boris had never given a “false sit” in a controlled environment. Through four validation exercises Boris was 99 percent accurate in detecting hidden drugs.

[73] Further, the evidence established that 87.6 percent of Boris’s indications for the smell of drugs led to the discovery of drugs or drug residue or involved circumstances that demonstrated the likely recent presence of drugs, such as admitted recent drug use by the owner of the luggage, the discovery of drug-related paraphernalia in the luggage, or the discovery of large amounts of cash (in amounts varying between \$9,000 and \$84,775).

[74] In my view, the trial judge erred in principle by discounting the RCMP’s controlled yearly validations and by failing to consider evidence of contamination from the recent presence of drugs that explained indications where no drugs were found, an explanation that would equally apply to the indication on the cooler in this case. As a result, and based on the record, the trial judge committed a palpable and overriding error in finding that Boris was only 50 percent reliable.

[75] I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred and that Boris was reliable. Given the reliability of the dog, the sniff search was reasonable in these circumstances.

(3) Arrest Subsequent to Positive Indication

[76] The appellant was arrested following Boris’s positive indication on his bag. When the police officer arrested the appellant, he knew of the constellation of factors that led to the decision to deploy Boris, and that Boris had in fact indicated on the appellant’s bag. In this case, given the strength of the constellation, the reliability of the dog, and the absence of exculpatory explanations, the positive

mai 2003 à novembre 2005. Cette preuve a établi également que Boris n’avait jamais donné de faux positif dans un environnement contrôlé. À l’issue de quatre exercices de validation, le taux de fiabilité de Boris en ce qui a trait à la détection de drogue dissimulée s’établissait à 99 p. 100.

[73] En outre, la preuve démontrait que dans 87,6 p. 100 des cas où Boris avait détecté l’odeur de drogue, on avait découvert de la drogue, ou des résidus de drogue, ou on avait pu conclure à la probabilité de présence récente de drogue. Par exemple, le propriétaire du bagage avait avoué avoir consommé récemment, ou encore, des accessoires facilitant la consommation de drogues ou des sommes importantes en argent liquide (variant de 9 000 \$ à 84 775 \$) avaient été découverts.

[74] À mon avis, le juge du procès a commis une erreur de principe en rejetant la preuve des validations annuelles contrôlées auxquelles avait procédé la GRC et en faisant fi de la preuve sur les cas où l’article avait été contaminé par un contact récent avec de la drogue, qui explique pourquoi certaines indications ne s’étaient pas traduites par la découverte de substance illicite et pourrait expliquer en l’espèce l’indication donnée à l’égard de la glacière. Par conséquent, compte tenu du dossier, le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en attribuant à Boris un taux de fiabilité de 50 p. 100.

[75] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge du procès a fait erreur et que Boris était fiable. Compte tenu de la fiabilité du chien renifleur, la fouille effectuée à l’aide de celui-ci n’était pas abusive en l’espèce.

(3) L’arrestation subséquente à l’indication

[76] L’appelant a été arrêté après que Boris a indiqué avoir détecté l’odeur de drogue émanant de sa valise. Le policier qui l’a appréhendé connaissait l’ensemble de facteurs qui avait mené à la décision d’utiliser Boris et savait que le chien avait indiqué la valise de l’appelant. En l’espèce, vu la force de l’ensemble, la fiabilité du chien et l’absence d’explications disculpatoires, l’indication a eu pour

indication raised the reasonable suspicion generated by the constellation to the level of reasonable and probable grounds to arrest the appellant.

V. Conclusion

[77] The police had a reasonable suspicion that they would discover evidence of a drug-related crime in Mr. Chehil's luggage. The sniff search was conducted reasonably. It is unnecessary to consider the fresh evidence tendered by the Crown in light of my conclusion and I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Garson MacDonald, Halifax.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

effet de transformer les soupçons raisonnables découlant de l'ensemble de facteurs en motifs raisonnables et probables d'arrestation.

V. Conclusion

[77] Les policiers avaient des soupçons raisonnables qu'ils découvrirait la preuve d'une activité criminelle liée à la drogue dans le bagage de M. Chehil. La fouille à l'aide du chien renifleur n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Vu ma conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner les nouveaux éléments de preuve présentés par le ministère public. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant : Garson MacDonald, Halifax.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Benjamin Cain MacKenzie *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association and
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MacKENZIE

2013 SCC 50

File No.: 34397.

2013: January 22; 2013: September 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether search was unreasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether accused was arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

The accused was charged with possession of a controlled drug for the purpose of trafficking. He takes issue with a police sniffer-dog search of his vehicle that occurred during the course of a highway traffic stop. He says the police lacked reasonable suspicion that he was

Benjamin Cain MacKenzie *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles
et Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada
Samuelson-Glushko** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MacKENZIE

2013 CSC 50

N° du greffe : 34397.

2013 : 22 janvier; 2013 : 27 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Exclusion de la preuve que constitue la marihuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — La fouille était-elle abusive? — La preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Exclusion de la preuve que constitue la marihuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

L'accusé a été inculpé de possession d'une substance réglementée en vue d'en faire le trafic. Il conteste la fouille de son véhicule effectuée par la police à l'aide d'un chien renifleur lors d'un contrôle routier. Selon lui, les agents de police n'avaient pas de motifs raisonnables

involved in a drug-related offence when they had their dog sniff his vehicle. The police relied on the accused's erratic manner of driving, high level of nervousness, the pinkish hue of his eyes, his course of travel and contradictory answers on his travel dates in determining that the reasonable suspicion standard required for a valid sniffer-dog search was met. Asserting that the sniff was an unconstitutional search, the accused seeks to have the marijuana found in the rear hatch of his car excluded. The trial judge agreed with the accused and excluded the evidence directing that a verdict of not guilty be entered against the accused. The Court of Appeal reversed the decision finding that the constellation of objective factors was sufficient to meet the reasonable suspicion standard. The court set aside the acquittal and remitted the matter to trial.

Held (McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Police may use sniffer dogs for routine crime prevention in contexts where individuals have a reasonable, but lesser expectation of privacy and the police have reasonable grounds to suspect that a search will reveal evidence of a criminal offence. The use of sniffer dogs as a police investigative technique should be approached one case at a time, in each instance having regard to the context of the situation, balancing the extent of any privacy interest and the state's countervailing interest in law enforcement.

Reasonable suspicion must be grounded in objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny. While it is critical that the line between a hunch and reasonable suspicion be maintained to prevent the police from engaging in indiscriminate or discriminatory practices, it is equally vital that the police be allowed to carry out their duties without undue scepticism or the requirement that their every move be placed under a scanning electron-microscope.

Officer training and experience can play an important role in assessing whether the reasonable suspicion standard has been met. Police officers are trained to detect criminal activity. Thus, in assessing whether a case for reasonable suspicion has been made out, the analysis of objective reasonableness should be conducted through the lens of a reasonable person standing in the shoes of the police officer. Expert qualifications are not required as a precondition for police testimony on matters properly within the realm of officer training and experience.

de le soupçonner d'une infraction liée à la drogue lorsqu'ils ont utilisé le chien. D'après les policiers, vu la conduite imprévisible de l'accusé, sa nervosité extrême, la teinte rosâtre de ses yeux, son itinéraire et ses réponses contradictoires au sujet des dates de ses déplacements, la norme des soupçons raisonnables, à laquelle il faut satisfaire pour qu'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur soit valide, était respectée. En affirmant que la fouille était inconstitutionnelle, l'accusé demande l'exclusion de la marijuana découverte dans le coffre de sa voiture. Le juge de première instance a accepté les arguments de l'accusé, écarté la preuve et ordonné l'inscription d'un verdict d'acquittement. La Cour d'appel a infirmé sa décision, estimant que l'ensemble de facteurs objectifs suffisait pour que soit respectée la norme des soupçons raisonnables. Elle a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un procès.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Les policiers peuvent faire appel à un chien renifleur pour les opérations courantes de prévention du crime là où les gens ont une attente en matière de vie privée raisonnable, quoique réduite, quand les policiers ont des motifs raisonnables de soupçonner que la fouille révélera des éléments de preuve d'une infraction. Il convient d'examiner au cas par cas l'utilisation de chiens renifleurs comme technique d'enquête policière, en prenant en compte le contexte et en pesant d'une part le droit à la vie privée, quel qu'il soit, et d'autre part l'intérêt opposé de l'État à faire appliquer la loi.

Les soupçons raisonnables doivent reposer sur des faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l'examen judiciaire indépendant. S'il est essentiel de maintenir cette distinction entre l'intuition et les soupçons raisonnables pour empêcher les policiers d'agir de manière aveugle ou discriminatoire, il est tout aussi essentiel de leur donner les coudées franches sans se montrer trop sceptiques à leur égard ou sans exiger que chacun de leurs gestes soit scruté à la loupe.

La formation et l'expérience d'un agent de police peuvent jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer si la norme des soupçons raisonnables a été respectée. Les agents de police sont formés pour détecter les activités criminelles. Par conséquent, pour déterminer si l'existence de soupçons raisonnables a été prouvée, il faut procéder à l'analyse du caractère objectivement raisonnable du point de vue d'une personne raisonnable mise à la place du policier. Des compétences d'expert chez un agent de police qui témoigne sur des questions

However, police training and experience should not be accepted uncritically by the courts. Hunches or intuition grounded in an officer's experience will not suffice, nor is deference necessarily owed to a police officer's view of the circumstances because of his or her training or experience in the field. Essentially, a trial judge must appreciate the significance of police training and experience when evaluating the worth of the factors considered in forming a belief that an accused might be involved in a drug-related offence.

Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. Exculpatory, common, neutral, or equivocal information should not be discarded when assessing a constellation of factors. However, the test for reasonable suspicion will not be stymied when the factors which give rise to it are supportive of an innocent explanation. The police need not have evidence indicative of a reasonable *probability* of finding drugs under a reasonable suspicion standard. To require more would render the distinction between reasonable and probable grounds and reasonable suspicion all but illusory. We are looking here at possibilities, not probabilities. Are the facts objectively indicative of the *possibility* of criminal behaviour in light of the totality of the circumstances? If so, the objective component of the test will have been met. If not, the inquiry is at an end. While more innocent persons will be caught under a reasonable suspicion standard than under the reasonable and probable grounds standard, that is the logical consequence of the way these standards have been defined. This cost to individual privacy is accepted as a reasonable one in part because properly conducted sniff searches are minimally intrusive, narrowly targeted and highly accurate.

Here, the trial judge did not reject the officers' evidence as to the nature of their detail on the day in question and he declined to make an adverse finding of credibility. Therefore, it is accepted that the officer's testimony was credible. The factors identified by the officer provide the objective basis needed to support his belief that the accused might be involved in a drug-related offence. Looking at the totality of the evidence through the lens of an officer with training and field experience in the transportation and detection of drugs, the officer's subjective belief that the accused might be involved in a drug-related offence was objectively substantiated. Accordingly, the officer had reasonable suspicion that

qui se rapportent à sa formation et à son expérience ne sont pas exigées. Toutefois, les tribunaux ne doivent pas accepter sans réserves la formation et l'expérience des policiers. L'intuition fondée sur l'expérience du policier ne suffira pas, et les tribunaux ne sont pas tenus à la déférence à l'égard du point de vue d'un agent de police sur les circonstances du fait de sa formation ou de son expérience sur le terrain. Essentiellement, le juge doit prendre en compte l'importance de ces deux éléments lorsqu'il évalue les facteurs ayant amené le policier à croire à la possibilité d'une infraction liée à la drogue.

Les soupçons raisonnables doivent être examinés à la lumière de l'ensemble des circonstances. Il n'y a pas lieu d'écarter les facteurs disculpatoires, communs, neutres ou équivoques lors de l'examen de l'ensemble. Néanmoins, on ne saurait dire qu'il n'est pas satisfait au critère des soupçons raisonnables si les facteurs y donnant naissance peuvent admettre une explication innocente. Les policiers n'ont pas besoin d'éléments de preuve indiquant la *probabilité* raisonnable de découvrir de la drogue pour qu'il soit satisfait à la norme des soupçons raisonnables. Exiger davantage rendrait illusoire la distinction entre les motifs raisonnables et probables et les soupçons raisonnables. C'est une question de possibilités, non pas de probabilités. Les faits indiquent-ils objectivement la *possibilité* d'un comportement criminel compte tenu de l'ensemble des circonstances? Dans l'affirmative, il est satisfait à l'élément objectif du critère. Dans la négative, l'analyse prend fin. Bien que plus de personnes innocentes soient visées par la norme des soupçons raisonnables que par celle des motifs raisonnables et probables, c'est là la conséquence logique de la manière dont ces normes ont été définies. Cette incidence sur la vie privée, jugée raisonnable, est acceptée notamment parce que la fouille bien effectuée à l'aide d'un chien renifleur a un caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable.

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas rejeté le témoignage des policiers à propos de la nature de leur peloton ce jour-là et n'a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité. Par conséquent, la crédibilité du témoignage de l'agent est acceptée. Les facteurs relevés par ce dernier fournissent le fondement objectif nécessaire pour justifier sa croyance que l'accusé pouvait être impliqué dans une infraction liée à la drogue. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, examinée du point de vue d'un agent de police formé et expérimenté en matière de transport et de détection de drogue, la croyance subjective de l'agent selon laquelle il était possible que l'accusé soit impliqué dans une infraction liée

the accused was engaged in a drug-related offence such that the police could enlist the sniffer dog to perform a sniff search of the accused's vehicle. The accused's s. 8 privacy rights were not breached and the marijuana seized from the rear hatch of his car was thus admissible at trial.

It is important that the detention and search issues be kept distinct because they stem from different police powers and must respect different *Charter* rights. The detention and the sniff must be independently justified, even if both are based on the same underlying facts that led police to reasonably suspect that the accused was involved in a drug-related offence. The conclusion that the police had reasonable suspicion sufficient to justify the sniffer-dog search thus leads to the conclusion that the police had reasonable grounds to detain the accused. There is no suggestion here that the manner in which the accused was detained was not reasonably necessary in the circumstances. Accordingly, there was no breach of the accused's right against arbitrary detention.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): Rigorous judicial scrutiny of dog-sniff searches remains a vital part of the balance struck under s. 8 of the *Charter* between the need for effective law enforcement and the protection of the public's privacy rights. Without question, the police must be allowed to carry out their duties, and the reasonable suspicion standard acknowledges that innocent people may sometimes be reasonably suspected of a crime. Nevertheless, courts must remain vigilant and not shirk their role in evaluating police action for *Charter* compliance, particularly where the only effective check on that action is after-the-fact independent judicial assessment.

The police cannot simply draw on their experience in the field to create broad categories of "suspicious" behaviour into which almost anyone could fall. Such an approach risks transforming the already flexible standard of reasonable suspicion into the "generalized" suspicion standard that has been rejected in the past. In order to uphold and reinforce privacy rights, courts must not fail to hold police accountable when they stray from the proper exercise of their power and draw broad inferences of criminality without specific, individualized suspicion

à la drogue reposait sur des éléments objectifs. Par conséquent, l'agent avait des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une telle infraction et il pouvait faire appel au chien renifleur pour effectuer la fouille du véhicule de l'accusé. Il n'a pas été porté atteinte au droit de l'accusé à la vie privée découlant de l'art. 8, et la marijuana découverte dans le coffre de sa voiture et saisie était donc admissible au procès.

Il est important d'analyser séparément la détention et la fouille parce qu'elles reposent sur des pouvoirs policiers distincts et mettent en jeu différents droits garantis par la *Charte*. La détention et la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur doivent être justifiées indépendamment, même si ces actions sont fondées sur les mêmes faits sous-jacents ayant donné naissance à des soupçons raisonnables quant à la participation de l'accusé à une infraction liée à la drogue. La conclusion selon laquelle les policiers avaient des soupçons raisonnables suffisants pour justifier d'utiliser le chien renifleur permet donc aussi de conclure que la police avait à l'égard de l'accusé des motifs raisonnables de détention. En l'espèce, rien ne permet de croire que la forme de détention de l'accusé n'était pas raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Par conséquent, il n'y a pas eu atteinte au droit de l'accusé à la protection contre la détention arbitraire.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : L'examen rigoureux par les tribunaux des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs demeure un élément essentiel de l'équilibre, établi au regard de l'art. 8 de la *Charte*, entre la nécessité de l'application efficace de la loi et celle de la protection du droit à la vie privée. Assurément, il faut permettre aux policiers d'exercer leurs fonctions, et l'acceptation de la norme des soupçons raisonnables crée la possibilité que des personnes innocentes soient parfois raisonnablement soupçonnées d'un crime. Néanmoins, les tribunaux doivent demeurer vigilants et ne pas abdiquer leur fonction de vérification de la conformité à la *Charte* de l'action policière, particulièrement lorsque le seul moyen efficace de surveiller cette dernière se limite à une appréciation judiciaire indépendante effectuée après coup.

Les policiers ne peuvent pas se contenter de se fonder sur leur expérience pratique pour établir de larges catégories de comportements « suspects » susceptibles de s'appliquer à presque n'importe qui. On risque ainsi de substituer à la norme souple des soupçons raisonnables celle des soupçons « généraux » rejetée auparavant. Pour faire respecter et pour promouvoir le droit à la vie privée, les tribunaux ne doivent pas hésiter à demander des comptes aux policiers lorsqu'ils n'exercent pas correctement leur pouvoir et tirent des conclusions générales

that can be objectively assessed. The constellation of facts grounding reasonable suspicion must be based in the evidence, tied to the individual, and capable of supporting a logical inference of criminal behaviour. Further, exculpatory, neutral and equivocal factors form part of the constellation of relevant factors under the reasonable suspicion standard and cannot be disregarded by either the police or the court. The reasonable suspicion determination must be made from the perspective of a reasonable person standing in the shoes of the investigating officer. However, even while undertaking its objective assessment from an officer's perspective, a court should not show that officer's testimony any particular deference. The danger of placing undue emphasis on an officer's testimony is that a court may inadvertently subvert the objective component of the reasonable suspicion standard. The objective analysis of reasonable suspicion is often largely dependent on a police officer's personal observations. Credibility is therefore pertinent not only to the officer's subjective belief; it also affects the reasonableness of the officer's suspicion. As a result, an appellate court should keep a trial judge's credibility concerns in mind when undertaking its assessment of whether an officer had objective grounds on which to base his suspicion.

The police lacked the requisite reasonable suspicion to conduct the dog-sniff search in this case. Specifically, the police lacked objective grounds on which to justify deploying a sniffer dog to search the accused's vehicle. The trial judge committed neither an error of law nor a palpable and overriding error of fact. The trial judge understood the reasonable suspicion standard. Nothing in the trial judge's reasons indicates that he did not know that the experience and training of police officers is an important consideration. The police in this case relied on markers that apply broadly to innocent people, or markers only of generalized suspicion which were at best highly equivocal. Taking into account the officer's training and experience, the totality of the circumstances, including neutral and equivocal factors, and showing due deference to the trial judge's credibility concerns with regard to the officer's observations, the collective significance of these factors is not capable of supporting a logical inference of criminal behaviour. Therefore, the Court of Appeal had no basis on which to interfere with the trial judge's conclusion. Ultimately, the constellation of factors available to the police was insufficient to ground reasonable suspicion and the accused's *Charter* rights were breached

relatives à la criminalité sans soupçons précis et particuliers appréciables objectivement. L'ensemble des faits justifiant les soupçons raisonnables doit reposer sur la preuve, être lié au suspect et pouvoir étayer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel. En outre, les facteurs disculpatoires, neutres ou équivoques font partie de l'ensemble des facteurs pertinents dont il faut tenir compte pour l'application de la norme des soupçons raisonnables; ni les policiers ni le tribunal ne sauraient en faire abstraction. L'existence des soupçons raisonnables doit être appréciée du point de vue d'une personne raisonnable mise à la place de l'enquêteur. Toutefois, même en appréciant objectivement le point de vue du policier, le tribunal ne doit pas faire particulièrement preuve de déférence à l'égard du témoignage de ce dernier. En accordant trop de crédit au témoignage d'un policier, le tribunal risque de compromettre par inadvertance l'élément objectif de la norme des soupçons raisonnables. L'analyse objective des soupçons raisonnables est souvent subordonnée, en grande partie, aux observations personnelles du policier. La crédibilité n'est donc pas seulement pertinente pour évaluer la croyance subjective du policier; elle a également une incidence sur le caractère raisonnable de ses soupçons. Par conséquent, la cour d'appel doit tenir compte des réserves du juge de première instance sur la crédibilité lorsqu'elle détermine si des motifs objectifs étaient les soupçons du policier.

Les policiers n'avaient pas les soupçons raisonnables requis pour effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce. En particulier, les policiers ne pouvaient justifier par un motif objectif la fouille du véhicule de l'accusé au moyen d'un tel chien. Le juge de première instance n'a commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste et dominante de fait. Il avait bien compris la norme des soupçons raisonnables. Rien dans les motifs du juge n'indique qu'il ignorait que l'expérience et la formation des policiers constituaient une considération importante. En l'espèce, les policiers ont invoqué des caractéristiques applicables globalement aux personnes innocentes, c'est-à-dire des caractéristiques qui ne donnent naissance qu'à des soupçons généraux, pour le moins équivoques. Compte tenu de la formation et de l'expérience du policier ainsi que de l'ensemble des circonstances, y compris les facteurs neutres et équivoques, et si on fait preuve de la déférence voulue à l'endroit des réserves relatives à la crédibilité énoncées par le juge de première instance à propos des observations du policier, la signification collective de ces facteurs ne permet pas de tirer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel. Par conséquent, la Cour d'appel

as a result. Furthermore, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and should be excluded.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *Florida v. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013); *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. v. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, aff'd 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109; *R. v. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Kang-Brown, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Traffic Safety Act, S.S. 2004, c. T-18.1.

n'avait aucune raison d'annuler la conclusion du juge de première instance. En fin de compte, l'ensemble de facteurs dont disposaient les policiers ne suffisait pas pour justifier les soupçons raisonnables; par conséquent, les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés. De plus, l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et celle-ci doit donc être écartée.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *Florida c. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013); *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. c. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, conf. par 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109; *R. c. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Kang-Brown, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10(b), 24(2).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).
Traffic Safety Act, S.S. 2004, ch. T-18.1.

Authors Cited

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Klebus C.J. and Richards and Caldwell J.J.A.), 2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, 86 C.R. (6th) 78, 239 C.R.R. (2d) 218, [2011] 12 W.W.R. 102, 518 W.A.C. 291, [2011] S.J. No. 328 (QL), 2011 CarswellSask 351, setting aside a decision of McLellan J., 2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, 202 C.R.R. (2d) 11, [2009] S.J. No. 625 (QL), 2009 CarswellSask 695, and remitting the matter to trial. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Barry P. Nychuk, for the appellant.

Douglas G. Curliss, Q.C., for the respondent.

Amy Alyea, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michael A. Feder and *H. Michael Rosenberg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Mahmud Jamal, David Mollica and *W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Tamir Israel*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

The judgment of Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] In this case, Benjamin MacKenzie takes issue with a police sniffer-dog search of his vehicle that occurred during the course of a highway traffic stop.

Doctrine et autres documents cités

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Klebus et les juges Richards et Caldwell), 2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, 86 C.R. (6th) 78, 239 C.R.R. (2d) 218, [2011] 12 W.W.R. 102, 518 W.A.C. 291, [2011] S.J. No. 328 (QL), 2011 CarswellSask 351, qui a infirmé une décision du juge McLellan, 2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, 202 C.R.R. (2d) 11, [2009] S.J. No. 625 (QL), 2009 CarswellSask 695, et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

Barry P. Nychuk, pour l’appelant.

Douglas G. Curliss, c.r., pour l’intimée.

Amy Alyea, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

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

Mahmud Jamal, David Mollica et *W. David Rankin*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Tamir Israel*, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] En l’espèce, Benjamin MacKenzie conteste la fouille de son véhicule effectuée par la police à l’aide d’un chien renifleur lors d’un contrôle

He says the police lacked reasonable suspicion that he was involved in a drug-related offence when they had their dog sniff his vehicle. Asserting that the sniff was thus an unconstitutional search, he seeks to have the 31.5 lbs of marihuana found in the rear hatch of his car excluded, leaving the Crown with no case against him. The trial judge agreed with Mr. MacKenzie and excluded the evidence, but the Court of Appeal for Saskatchewan reversed the decision. Because the police did have reasonable grounds to suspect that Mr. MacKenzie was involved in a drug-related offence, I am satisfied the sniff was lawful. I would accordingly dismiss the appeal.

[2] In this appeal, and in the companion case of *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, we seek to clarify certain principles concerning sniffer-dog searches first articulated in *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569. Those cases established that the police may use sniffer dogs for routine crime prevention in contexts where individuals have a reasonable, but lesser, expectation of privacy, such as bus terminals and schools, and the police have reasonable grounds to suspect that a search will reveal evidence of a criminal offence. In the present cases, which concern analogous contexts of an airport and a motor vehicle on a public highway, we consider the meaning of the term “reasonable suspicion” and the types of evidence a court can look to in deciding whether the standard of “reasonable suspicion” has been met. We also consider how the police should proceed when a dog provides a positive indication, or “alerts”, to the presence of a targeted substance.

[3] I have had the benefit of reading the reasons of Karakatsanis J. in *Chehil*. My colleague’s efforts have spared me the heavy lifting in this case, as the broader questions that I have just mentioned are fully canvassed in her reasons. I therefore concentrate

roucier. Selon lui, les agents de police n’avaient pas de motifs raisonnables de le soupçonner d’une infraction liée à la drogue lorsqu’ils ont utilisé le chien. En affirmant que la fouille était ainsi inconstitutionnelle, il demande l’exclusion de la preuve — 31,5 lb de marihuana découverte dans le coffre de sa voiture — ce qui prive le ministère public de toute preuve à charge. Le juge de première instance a accepté les arguments de M. MacKenzie et écarté la preuve, mais la Cour d’appel de la Saskatchewan a infirmé sa décision. Puisque les policiers avaient effectivement des motifs raisonnables de soupçonner M. MacKenzie d’une infraction liée à la drogue, je suis convaincu que la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur était légale. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

[2] Dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe, *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, nous cherchons à clarifier certains principes régissant les fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs, principes énoncés pour la première fois dans les arrêts *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, et *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569. Suivant ces arrêts, les policiers peuvent faire appel à un chien renifleur pour les opérations courantes de prévention du crime là où les gens ont une attente en matière de vie privée raisonnable, quoique réduite, comme les gares d’autobus et les écoles, quand les policiers ont des motifs raisonnables de soupçonner que la fouille révélera des éléments de preuve d’une infraction. Dans les affaires dont nous sommes saisis, qui se sont produites dans des endroits analogues, à savoir un aéroport et une automobile roulant sur la voie publique, nous nous penchons sur le sens du terme « soupçons raisonnables » et sur les types de preuve permettant au tribunal de déterminer s’il a été satisfait à la norme « des soupçons raisonnables ». Nous examinons également la marche à suivre par les policiers lorsqu’un chien indique la présence d’une substance ciblée, c’est-à-dire lorsqu’il « alerte » son maître.

[3] J’ai eu l’occasion de lire les motifs de la juge Karakatsanis dans l’arrêt *Chehil*. Ses efforts m’ont épargné le gros du travail, comme ma collègue analyse en profondeur les grandes questions que je mentionne précédemment. Mon analyse portera

here on the application of the reasonable suspicion standard to the facts of this case. I also address certain additional issues that arise in the context of a sniffer-dog search that occurs subsequent to a roadside stop, as occurred here. The Court did not address those issues in *Kang-Brown* and *A.M.* and the facts of this case present an occasion for clarification of the applicable principles.

II. Facts

[4] Mr. MacKenzie's case did not proceed to trial. In a pre-trial motion, he moved to have the marihuana excluded from evidence on the basis of arguments grounded in his s. 8 right against unreasonable search and seizure and his s. 9 right against arbitrary detention under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The evidence at the *voir dire* consisted of the testimony of Constables Sperlie and Warner of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP"). The appellant, Mr. MacKenzie, did not testify, nor did he call evidence.

A. *The Initial Stop*

[5] On September 12, 2006, Constables Sperlie and Warner were in a marked police cruiser monitoring traffic on the Trans-Canada Highway just west of Caronport, Saskatchewan. At about 7:00 p.m., the constables observed the appellant's maroon Nissan travelling in an easterly direction towards them. As the appellant's car came over the crest of a hill, the police radar indicated that it was travelling at a speed of 112 kilometres per hour — a mere two kilometres per hour over the posted limit. At this point, however, the officers saw the front end of the appellant's car "pitching forward like it was slowing down very fast" (A.R., vol. II, at p. 4). They attributed this to the sudden and rapid deceleration of the car from 112 kilometres per hour to 89 kilometres per hour — the speed at which the car was travelling when it passed their police cruiser.

donc surtout sur l'application de la norme des soupçons raisonnables aux faits de l'affaire. J'examinerai également d'autres questions qu'une fouille comme celle qui nous concerne, à savoir une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur à la suite d'un contrôle routier, est susceptible de susciter. La Cour ne se prononce pas sur ces questions dans *Kang-Brown* et *A.M.*; les faits de la présente affaire nous donnent l'occasion de préciser les principes applicables.

II. Les faits

[4] L'affaire de M. MacKenzie a pris fin avant l'étape du procès. Dans une requête préliminaire, il a demandé l'exclusion de la preuve, à savoir la marihuana, invoquant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 et le droit à la protection contre la détention arbitraire protégé par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La preuve présentée lors du *voir-dire* était constituée du témoignage des agents Sperlie et Warner de la Gendarmerie royale du Canada (la « GRC »). L'appelant, M. MacKenzie, n'a pas témoigné ni présenté de preuve.

A. *L'interception*

[5] Le 12 septembre 2006, les agents Sperlie et Warner surveillaient la circulation routière à bord d'une voiture de police sur la Transcanadienne, à l'ouest de Caronport, en Saskatchewan. Vers 19 h, les agents ont remarqué la Nissan rouge grenat de l'appelant, qui roulait vers l'est, s'approcher d'eux. Lorsque le véhicule a atteint le sommet de la pente, le radar indiquait une vitesse de 112 km/h — à peine 2 km/h au-dessus de la limite permise. Toutefois, les agents de police ont alors vu le nez de la voiture [TRADUCTION] « piquer comme si elle ralentissait très vite » (d.a., vol. II, p. 4). Ils ont attribué ce phénomène à la décélération brusque de 112 km/h à 89 km/h — la vitesse de la voiture lorsqu'elle a croisé leur véhicule.

[6] The officers pursued the appellant. Two kilometres down the road, they spotted his car parked on the side of the highway. The officers had not signalled him to stop. They wanted to give him a warning about speeding, even though they were unsure of precisely how fast he had been driving.

[7] During cross-examination, Cst. Warner explained that it was not his practice to write tickets for drivers going only two kilometres per hour above the speed limit. However, in cases like the present one where he was unable to get a reading on precisely how fast the vehicle was travelling, he would pull the driver over in order to “provide a warning of some type, either written or verbal” (A.R., vol. II, at p. 65).

[8] The appellant was the only occupant of the car. As Cst. Sperlie approached the driver’s window, the appellant — unprompted — said “he was sorry, he knew he was speeding, he would slow down” (A.R., vol. II, at p. 5). Cst. Sperlie confirmed that “the reason for the stop was [the police] believed he was speeding” (*ibid.*). Upon request by Cst. Sperlie, the appellant produced his licence and registration.

B. Constable Sperlie’s Observations of the Appellant

[9] When the appellant was handing over his licence and registration documents, Cst. Sperlie noticed that the appellant’s hands “were shaky, they were trembling” (A.R., vol. II, at p. 6). He further noted that the appellant “appeared to be sweating” with “beads of sweat forming on his forehead”, that “his breathing was very rapid”, and that “his carotid artery was pulsing very rapidly” (*ibid.*).

[10] The appellant’s strained breathing led Cst. Sperlie to ask the appellant if he was “all right”, at which point the appellant sought and received permission to take his asthma medication (A.R., vol. II, at p. 6). According to Cst. Sperlie, the medication did not result in any “noticeable decrease” in the appellant’s rapid breathing (*ibid.*).

[6] Les agents ont suivi l’appelant. Deux kilomètres plus loin, ils ont aperçu sa voiture garée en bordure de la route. Ils ne lui avaient pas ordonné de s’arrêter. Ils voulaient lui donner un avertissement pour excès de vitesse, même s’ils ne pouvaient dire avec précision à quelle vitesse il roulait plus tôt.

[7] Lors du contre-interrogatoire, l’agent Warner a expliqué qu’il n’avait pas l’habitude de donner des contraventions aux automobilistes qui excédaient seulement de 2 km/h la limite permise. Or, dans un cas comme celui-ci, lorsqu’il ne dispose pas du relevé exact de la vitesse, il demande au conducteur d’immobiliser sa voiture pour [TRADUCTION] « lui donner un avertissement quelconque, écrit ou verbal » (d.a., vol. II, p. 65).

[8] L’appelant était seul dans la voiture. Lorsque l’agent Sperlie s’est approché de la glace du côté du conducteur, l’appelant a dit spontanément [TRADUCTION] « qu’il était désolé, qu’il savait qu’il roulait à une vitesse excessive, mais qu’il ralentirait » (d.a., vol. II, p. 5). L’agent Sperlie a confirmé que « la raison pour laquelle il a été intercepté était que nous [les policiers] estimions qu’il avait dépassé la limite de vitesse » (*ibid.*). À la demande de l’agent Sperlie, l’appelant a présenté son permis et le certificat d’immatriculation du véhicule.

B. Les observations de l’agent Sperlie à propos du comportement de l’appelant

[9] Lorsque l’appelant lui a remis son permis et le certificat d’immatriculation, l’agent Sperlie a remarqué que ses mains [TRADUCTION] « tremblaient » (d.a., vol. II, p. 6). Il a aussi remarqué que l’appelant « semblait transpirer », que « des gouttes de sueur perlaient sur son front », que « sa respiration était très rapide », et que « le pouls de son artère carotide était très rapide » (*ibid.*).

[10] Les difficultés respiratoires de l’appelant ont mené l’agent Sperlie à lui demander s’il [TRADUCTION] « allait bien », et l’appelant a alors demandé et obtenu la permission de prendre son médicament contre l’asthme (d.a., vol. II, p. 6). Selon l’agent Sperlie, le médicament n’a provoqué aucune « diminution notable » des halètements

Cst. Sperlie further noticed that the appellant's eyes "had a pinkish colour to them" (*ibid.*).

[11] According to Cst. Sperlie, the appellant's nervous reaction continued even after he was told that he was being investigated for a minor speeding infraction. Although he had been involved in thousands of traffic stops, Cst. Sperlie stated that "Mr. MacKenzie's level of nervousness was extremely high, it was probably some of the highest nervousness that I've seen in a traffic stop" (A.R., vol. II, at p. 11).

[12] When questioned about the details of his trip, the appellant replied that he was returning to Regina from Calgary. After claiming initially that he had left Regina to go to Calgary the preceding day, he corrected himself, stating instead that he had left Regina two days ago. According to Cst. Sperlie, "[h]e seemed to be somewhat confused on when he had traveled to Calgary" (A.R., vol. II, at p. 7).

[13] While Cst. Sperlie was talking to the appellant about his trip, Cst. Warner advised Cst. Sperlie that he had performed a record check on the appellant and that the result was "all negative" (A.R., vol. II, at p. 7). By now, Cst. Sperlie suspected that the appellant was involved in an offence under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("CDSA").

[14] As a consequence, Cst. Sperlie asked the appellant to step out of the vehicle, after which he advised the appellant of the basis for his suspicions. Cst. Sperlie recalls telling the appellant that he was "going to temporarily detain him, for further investigation" (A.R., vol. II, at p. 8) and then advised him of his *Charter* rights, including his right to counsel under s. 10(b). The appellant said he understood his rights and declined to call a lawyer.¹

¹ Consequently, this appeal does not raise the question of — and we do not answer — whether the police could have proceeded with the sniff had the appellant asked to call his lawyer.

de l'appelant (*ibid.*). L'agent Sperlie a également remarqué que les yeux de l'appelant « étaient teintés de rose » (*ibid.*).

[11] Selon l'agent Sperlie, la nervosité de l'appelant n'a pas diminué, même après que celui-ci a été avisé qu'il faisait l'objet d'une enquête relative à une contravention mineure pour excès de vitesse. L'agent Sperlie a affirmé que, d'après son expérience des milliers de contrôles routiers auxquels il avait participé, [TRADUCTION] « [l]e degré de nervosité de M. MacKenzie était extrêmement élevé, probablement parmi les plus élevés que j'ai jamais vus lors d'un contrôle routier » (d.a., vol. II, p. 11).

[12] En réponse aux questions au sujet de son déplacement, l'appelant a dit qu'il rentrait à Regina après s'être rendu à Calgary. Après avoir affirmé qu'il avait quitté Regina la veille pour aller à Calgary, il s'est repris et a indiqué qu'il avait quitté Regina deux jours auparavant. Selon l'agent Sperlie, [TRADUCTION] « [i]l semblait quelque peu confus quant au moment où il s'était rendu à Calgary » (d.a., vol. II, p. 7).

[13] Pendant que l'agent Sperlie questionnait l'appelant sur son déplacement, l'agent Warner l'a avisé que la vérification des antécédents de celui-ci n'avait [TRADUCTION] « pas donné de résultat » (d.a., vol. II, p. 7). L'agent Sperlie soupçonnait alors l'appelant d'une infraction à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la « *LRC DAS* »).

[14] Par conséquent, l'agent Sperlie a enjoint à l'appelant de sortir du véhicule, après quoi il l'a informé des motifs de ses soupçons. Le policier se souvient d'avoir avisé l'appelant qu'il allait [TRADUCTION] « le détenir temporairement, pour poursuivre l'enquête » (d.a., vol. II, p. 8) et de l'avoir informé des droits que lui conférait la *Charte*, dont le droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10(b). L'appelant a dit qu'il comprenait ses droits et a renoncé à appeler un avocat¹.

¹ Le présent pourvoi ne soulève donc pas la question — que nous ne trancherons pas — de savoir si les policiers auraient pu effectuer la fouille au moyen du chien renifleur si l'appelant avait demandé de parler à son avocat.

[15] Cst. Sperlie testified that the inferences he drew from his observations of the appellant stemmed from his training and experience. He had completed the usual standardized field sobriety testing course, including a half-day lecture on different types of drugs and their observable effects on humans. He further stated that he had attended an RCMP drug “pipeline course” where he learned about different indicators and behaviours that are commonly exhibited by highway travellers who are involved in criminal conduct, and a second week-long “advanced pipeline course”, where he gained further insight into traffic stop scenarios, including training about hidden compartments in vehicles.

[16] Added to this was Cst. Sperlie’s experience in the field. He testified that he had been involved with “probably in excess of 5,000” traffic stops and discovered drugs and other controlled substances on “about 150” occasions, “[t]he vast majority of those [being] highway traffic stops” (A.R., vol. II, at pp. 9-10). He was not questioned by the Crown or the defence about the number of times he had searched vehicles for drugs and come away empty-handed. Nor was he seriously challenged in cross-examination about his training and experience as a police officer or the factors used by the police to detect the behavioural characteristics and practices of drug users and traffickers.

[17] In line with his training and experience, Cst. Sperlie testified that there were a number of factors in the appellant’s case that led him to believe that the appellant might be involved in an offence under the *CDSA*. The factors upon which he relied are found in the following excerpts from his testimony:

(1) Erratic Driving

A: . . . I’ve seen driving behaviours with regards to erratic driving. Commonly when a vehicle approaches the police

[15] D’après l’agent Sperlie, les inférences qu’il avait tirées à partir de ses observations sur le comportement de l’appelant découlaient de sa formation et de son expérience. Il avait suivi la formation habituelle sur les tests normalisés de sobriété administrés sur place, y compris un exposé d’une demi-journée sur différents types de drogue et leurs effets visibles sur l’humain. Il a ajouté qu’il avait suivi un « cours sur les lignes d’approvisionnement » en drogue offert par la GRC, où il avait étudié différents indices et comportements fréquents chez les automobilistes criminels, ainsi qu’un deuxième « cours de niveau avancé sur les lignes d’approvisionnement » d’une semaine où il en avait appris davantage sur différentes situations susceptibles de se produire lors de contrôles routiers et sur les compartiments secrets aménagés dans les véhicules.

[16] À la formation suivie par l’agent Sperlie venait s’ajouter son expérience sur le terrain. Il a témoigné avoir participé à [TRADUCTION] « probablement plus de 5 000 » contrôles routiers et avoir découvert de la drogue ou d’autres substances réglementées dans « environ 150 » cas, « [e]n grande partie lors de contrôles effectués sur la grande route » (d.a., vol. II, p. 9-10). Ni le ministère public ni la défense ne l’ont interrogé sur le nombre de fouilles de véhicules vaines. L’agent Sperlie n’a pas subi de contre-interrogatoire serré au sujet de sa formation et de son expérience comme agent de police ni au sujet des facteurs permettant à la police de détecter les caractéristiques liées au comportement et les pratiques propres aux consommateurs et aux trafiquants de drogue.

[17] D’après la formation et l’expérience de l’agent Sperlie, la présence de plusieurs facteurs dans le cas de l’appelant l’a mené à croire à une infraction à la *LRCDA*. Les facteurs en question ressortent des extraits suivants de son témoignage :

(1) Conduite imprévisible

[TRADUCTION]

R: . . . J’ai vu des comportements liés à une conduite imprévisible. En règle générale, le véhicule qui s’approche

vehicle, if they're exceeding the speed limit, that vehicle will generally slow down to the speed limit and continue past the police. In this case I observed a very erratic reaction, over reaction to police presence, where the vehicle actually slowed down to 20 kilometres per hour under the speed limit and then continued at that, and in fact the vehicle pulled over to the side of the road before we even got behind it and put the lights on.

. . .

A: . . . The erratic driving to me was — was certainly an overreaction, something that I have experienced in the past during the course of my — my traffic duties, as — as an overreaction with people that are trying to hide something from the police. [A.R., vol. II, at pp. 10-11]

(2) Extreme Nervousness

A: Yeah, in — in all the traffic stops that I've been involved with I've seen different behaviours and stuff like that, nervousness being one of them. In every traffic stop there's a certain level of nervousness, and that — that nervousness quickly diminishes early on in the stop. I've seen in the investigations where we've detected a traveling criminal, or somebody that's involved in criminality, that nervousness does not diminish, it stays very elevated, and in some cases increases in elevation up until the point when we discover what it is the person is — is trying to hide from us. . . .

. . .

A: . . . Mr. MacKenzie's level of nervousness was extremely high, it was probably some of the highest nervousness that I've seen in a traffic stop. And what is significant about this nervousness is when I told him the reason — the relatively minor reason for the stop, this nervousness did not diminish, it — it stayed very, very elevated. . . .

. . .

A: . . . there was no other reason for him — that we located, for him to be nervous. He wasn't a suspended driver, you know, he didn't forget to renew his driver's licence, or anything like that, typical things where I will see people that are nervousness . . . [A.R., vol. II, at pp. 10-12 and 14]

d'une voiture de police à une vitesse supérieure à la limite ralentira jusqu'à la vitesse permise et dépassera la voiture de police à cette vitesse. Dans ce cas, j'ai remarqué une réaction particulière, une réaction exagérée à la présence policière. Le véhicule en question a ralenti en fait jusqu'à une vitesse de 20 km/h en dessous de la limite, a continué à rouler à cette vitesse et s'est même rangé sur le bord de la route avant même que nous ne le rattrapions et que nous n'allumions les gyrophares.

. . .

R: . . . La conduite imprévisible constituait à mon avis — certainement une réaction exagérée, quelque chose que j'ai déjà connu dans l'exercice de mes — mes fonctions liées à la sécurité routière, comme — comme une réaction exagérée de gens qui essaient de cacher quelque chose à la police. [d.a., vol. II, p. 10-11]

(2) Nervosité extrême

R: Oui, dans — dans tous les contrôles routiers auxquels j'ai participé, j'ai observé différents comportements, dont la nervosité. Chaque contrôle routier provoque un certain degré de nervosité et cet — état de nervosité diminue rapidement après l'interception. J'ai constaté dans le cadre des enquêtes où nous avons repéré un criminel sur la route, ou quelqu'un qui participait à des activités criminelles, que la nervosité ne diminue pas, elle demeure à un niveau élevé, et, dans certains cas, son intensité augmente jusqu'à ce que nous découvrions ce que la personne en question — tente de nous cacher. . .

. . .

R: . . . Le degré de nervosité de M. MacKenzie était extrêmement élevé, probablement parmi les plus élevés que j'ai jamais vus lors d'un contrôle routier. Et fait important, lorsque je lui ai dit la raison — le motif relativement mineur de l'interception, cette nervosité n'a pas diminué — son niveau est resté très, très élevé. . .

. . .

R: . . . il n'avait aucune raison — que nous avons pu repérer, d'être nerveux. Son permis de conduire n'était pas suspendu, vous savez, il n'avait pas oublié de le renouveler, ou quelque chose de ce genre, des situations typiques où je vois des gens nerveux . . . [d.a., vol. II, p. 10-12 et 14]

(3) Physical Signs Consistent With the Use of Marihuana

A: . . . Mr. MacKenzie had a pinkish colour to his eyes, and on the SFST course, the standardized field sobriety testing course, during that half day lecture on drugs one of the — one of the symptoms that they taught us about cannabis marihuana was it will — it can cause a reddish or a pink coloration to the — to the eyes, and I did see a pink coloration in Mr. MacKenzie's eyes. The other thing they taught us too is that marihuana use can cause muscle tremors that you can see in the hands or the leg, eye tremors, that type of thing. And those two sym — the tremors I saw in his hand I've also seen as a — as an indication of a very elevated level of nervousness. During my investigations involving drugs on the side of the highway, those primarily involved cannabis marihuana, and I've talked to those people that use cannabis marihuana about the effects that it has on them, things like that, and I've seen the pink eyes that they have, and they tell me that they'll frequently use products like Visine to get rid of that pink colour so that nobody knows that they've — they've used marihuana. I've also seen people that were high on marihuana and they did have the muscle tremors, eyelid tremors, leg tremors, finger tremors. [A.R., vol. II, at p. 12]

(4) Travel on a Known Drug Pipeline

A: . . . Mr. MacKenzie told me that he was coming from Calgary and that he was traveling to Regina. I do know Calgary, through my experience as a peace officer, as being a well known source of controlled drugs and substances, and that the — the typical movement of drugs in Western Canada goes from west to east, and certainly some of those drugs come from Calgary to — to Regina. Mr. MacKenzie also appeared somewhat confused with regards to when he went to Calgary. He — I've experienced in the past where people that are involved in criminality on the highway, they try to make up a story very quickly at the side of the road, to try to prevent being detected, to have their — the activity that they're involved in detected by police, and a lot of times their story will start to get messed up and they don't — they don't — they're trying not to say that they just drove out to a place real quick, to pick up drugs and come back to Regina, they don't want to say that to the police. So they'll start to try to make the story up, and I've seen that in the past, where they get confused on the story. [A.R., vol. II, at p. 13]

(3) Signes physiques correspondant à la consommation de marihuana

R: . . . Les yeux de M. MacKenzie étaient teintés de rose. Dans le cadre du cours TSNAP, sur les tests de sobriété normalisés administrés sur place, pendant cet exposé d'une demi-journée sur différents types de drogues — nous avons appris que la consommation de cannabis marihuana — peut causer une coloration rougeâtre ou rosée des — des yeux, et j'ai d'ailleurs remarqué que les yeux de M. MacKenzie avaient une couleur rosée. Nous avons également appris que la consommation de marihuana peut causer des spasmes musculaires dans les mains, les jambes ou les yeux, ce genre de choses. Et ces deux sym — le tremblement de ses mains que j'ai vu je l'ai considéré comme une — une indication d'une nervosité extrême. Au cours des interceptions sur la route, liées principalement au cannabis marihuana, j'ai parlé à ceux qui consomment cette drogue des effets causés, de choses pareilles, et j'ai remarqué qu'ils avaient les yeux roses et ils m'ont dit qu'ils utilisaient souvent des produits comme Visine pour ce problème pour que personne ne sache qu'ils ont — qu'ils ont consommé de la marihuana. J'ai aussi vu des gens sous l'effet de la marihuana qui avaient des spasmes musculaires dans les paupières, les jambes, les doigts. [d.a., vol. II, p. 12]

(4) Déplacement sur un axe correspondant à une ligne connue d'approvisionnement en drogue

R: . . . M. MacKenzie m'a dit qu'il arrivait de Calgary et qu'il allait à Regina. Je sais, grâce à mon expérience en tant qu'agent de la paix, que Calgary est une source bien connue de drogue et de substances réglementées, et que — la drogue dans l'Ouest canadien se déplace d'ouest en est, et, bien sûr, certaines de ces drogues arrivent à — à Regina à partir de Calgary. M. MacKenzie semblait aussi quelque peu confus quant à la date à laquelle il s'était rendu à Calgary. Il — j'ai déjà vu des situations où ceux qui sont impliqués dans des activités criminelles interceptés sur la route essaient d'inventer très rapidement une histoire pour éviter d'être repérés, que — l'activité à laquelle ils participent soit repérée par la police, et il arrive souvent que leur histoire devienne confuse et ils ne — ils ne — ils essaient de ne pas dire qu'ils n'ont fait qu'un aller-retour rapide en voiture, pour prendre de la drogue et revenir à Regina, ils ne veulent pas dire ça aux policiers. Ils commencent donc à inventer une histoire, j'ai déjà vu ça par le passé, qu'ils s'emmêlent dans leur histoire. [d.a., vol. II, p. 13]

C. *The Dog Sniff of the Appellant's Car*

[18] After the appellant confirmed that he understood the basis for his detention and his *Charter* rights, Cst. Sperlie asked him if he would consent to a search of his car. When the appellant declined to consent, Cst. Sperlie turned to his canine companion, Levi, a “single-profile” narcotic detector dog who had been assigned to him in his capacity as a traffic officer.

[19] Levi conducted a perimeter search of the car and by his actions, indicated the scent of drugs in the rear hatch area. Cst. Sperlie testified that Levi “became very focused on that back part of the vehicle, he became very excited, his tail was wagging” (A.R., vol. II, at p. 21). Cst. Sperlie then indicated to Cst. Warner that “it’s positive and to arrest for *CDSA*” (A.R., vol. II, at p. 22).

D. *The Arrest and Search Incident to Arrest*

[20] Once the appellant was arrested, Cst. Sperlie began a manual search of the car. He found several gift-wrapped boxes in the rear hatch. Cst. Sperlie engaged the appellant in a conversation about what was in them, which ultimately led to the revelation that they contained marihuana. Cst. Sperlie then directed Cst. Warner to re-arrest the appellant for possession for the purpose of trafficking.

[21] Once back at the RCMP detachment, the police determined the appellant was in possession of 31.5 lbs of marihuana with a street value of between \$57,000 and \$95,000. The appellant was duly charged with possession of a controlled drug for the purpose of trafficking under s. 5(2) of the *CDSA*.

III. Relevant Constitutional Provisions

[22] The relevant *Charter* provisions read as follows:

C. *La fouille de la voiture de l’appelant effectuée à l’aide du chien renifleur*

[18] Après que l’appelant a confirmé avoir compris les motifs de sa détention et les droits que lui garantit la *Charte*, l’agent Sperlie lui a demandé s’il consentait à une fouille de sa voiture. Ayant essuyé un refus, l’agent Sperlie a fait appel à son chien policier, Levi, un animal spécialement dressé pour la détection de drogue qui lui avait été confié en sa qualité d’agent de la circulation.

[19] Levi a effectué une fouille extérieure de la voiture et, par sa réaction, a indiqué la présence d’une odeur de drogue dans la zone du hayon. Selon le témoignage de l’agent Sperlie, [TRADUCTION] « l’attention [de Levi] s’est fixée sur l’arrière du véhicule, il est devenu fébrile, il remuait la queue » (d.a., vol. II, p. 21). L’agent Sperlie a alors indiqué à l’agent Warner que la fouille « était positive et [lui a dit] de procéder à une arrestation pour infraction à la *LRCDas* » (d.a., vol. II, p. 22).

D. *L’arrestation et la fouille accessoire à l’arrestation*

[20] Après avoir arrêté l’appelant, l’agent Sperlie a procédé à une fouille manuelle de la voiture. Il a découvert plusieurs boîtes-cadeaux dans le coffre. L’agent Sperlie a entretenu l’appelant au sujet de leur contenu et celui-ci a fini par révéler qu’elles renfermaient de la marihuana. L’agent Sperlie a demandé ensuite à l’agent Warner d’arrêter à nouveau l’appelant pour possession en vue du trafic.

[21] Une fois de retour au détachement de la GRC, les policiers ont établi que l’appelant était en possession de 31,5 lb de marihuana, dont la valeur de revente se situait entre 57 000 \$ et 95 000 \$. L’appelant a été formellement accusé de possession d’une substance réglementée en vue d’en faire le trafic en vertu du par. 5(2) de la *LRCDas*.

III. Dispositions constitutionnelles pertinentes

[22] Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont ainsi rédigées :

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

IV. Judicial HistoryA. *Court of Queen's Bench for Saskatchewan (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281)*

[23] On a pre-trial motion brought by the appellant to have the marihuana excluded from evidence under s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge identified three factors that Cst. Sperlie relied on “to detain [the appellant] temporarily for further investigation under the [CDSA]”: (1) the appellant’s very high level of nervousness; (2) the pinkish hue of the appellant’s eyes (consistent in the officer’s opinion with the use of marihuana); and (3) the appellant’s course of travel from Calgary, a known source of narcotics, to Regina, a known destination of sale (an opinion for which “[n]o evidence was offered” in support) (para. 32).

[24] Turning to the sniff search performed by Levi, and bearing in mind the “reasonable suspicion” standard set by this Court in *Kang-Brown* and *A.M.*, the trial judge concluded: “In my view, the opinions expressed by Cst. Sperl[i]e did not meet the ‘reasonable suspicion’ standard required for a valid sniffer dog search[,] at best he was acting on a hunch” (para. 47 (emphasis added)).

[25] The trial judge further observed that although the two officers were from northern Saskatchewan, they “claim to have been on routine traffic patrol with a ‘sniff dog’ in the southern part of the province” (para. 47). Noting that the appellant was only travelling two kilometres per hour over the posted speed limit when the officers observed him, the trial judge stated:

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

IV. Genèse de l’instanceA. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281)*

[23] Dans le cadre d’une requête préalable présentée par l’appellant en vue de faire écarter la marihuana comme élément de preuve, en application du par. 24(2) de la *Charte*, le juge de première instance a indiqué trois facteurs ayant incité l’agent Sperlie à [TRADUCTION] « détenir temporairement [l’appellant] pour mener une enquête en vertu de la [LRCDAS] » : (1) la nervosité extrême de l’appellant; (2) la teinte rosâtre de ses yeux (un phénomène indiquant, selon l’agent, une consommation de marihuana); et (3) l’itinéraire de l’appellant, de Calgary, source connue de stupéfiants, à Regina, destination connue de vente (avis à l’appui duquel « [a]ucun élément de preuve n’a été présenté ») (par. 32).

[24] Quant à la fouille effectuée à l’aide de Levi, le chien renifleur, et compte tenu de la norme des « soupçons raisonnables » énoncée par la Cour dans *Kang-Brown* et dans *A.M.*, le juge de première instance a conclu ainsi [TRADUCTION] : « À mon avis, les opinions exprimées par l’agent Sperl[i]e ne respectaient pas la norme des “soupçons raisonnables” à laquelle il faut satisfaire pour qu’une fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur soit valide[,] au mieux, il se fiait à son intuition » (par. 47 (je souligne)).

[25] Le juge a fait ensuite observer que les deux agents provenaient du Nord de la Saskatchewan, mais qu’ils [TRADUCTION] « affirmaient se trouver en patrouille de routine de la circulation, avec un “chien renifleur” dans le Sud de la province » (par. 47). Précisant que l’appellant ne roulait qu’à 2 km/h au-dessus de la limite permise lorsque les agents l’avaient remarqué, le juge a fait la remarque suivante :

I have a concern that the two officers may have been in the area with the purpose of conducting random traffic stops for the sole purpose of checking for drugs being transported from west to east which, according to Cst. Sperl[i]e, is a common occurrence. It is therefore quite conceivable that the observations of the accused claimed to have been noticed by Cst. Sperl[i]e were enhanced after the drugs were located. [Emphasis added; para. 47.]

[26] Having determined that the marihuana was obtained in a manner that violated the appellant's privacy rights under s. 8 of the *Charter*, the trial judge excluded it from evidence for the reasons given by Binnie J. in *Kang-Brown*, at para. 104. In the end, the trial judge reasoned that the police had abused the power afforded to them and initiated a warrantless search on inadequate grounds.

[27] With the marihuana excluded from evidence, the Crown could not prove its case. Hence, the trial judge directed that a verdict of not guilty be entered against the appellant.

B. *Court of Appeal for Saskatchewan (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291)*

[28] The Court of Appeal considered the trial judge's comment about the sincerity of Cst. Sperlie's subjective belief when he deployed Levi and the fact that he may have "enhanced" his observations of the appellant "after the drugs were located" (para. 20). In the court's view, if the trial judge "had intended to reject the constable's testimony, then he would have done so in clear terms" (para. 21). But as he had not done so, the court proceeded on the basis that the trial judge was satisfied that Cst. Sperlie had the subjective belief he needed to deploy Levi.

[29] As for the trial judge's conclusion that Cst. Sperlie did not have reasonable suspicion that the appellant was involved in a drug-related offence, the court determined that the trial judge erred in discounting the inferences drawn by Cst. Sperlie as mere "opinion". The inferences drawn by Cst. Sperlie were based on his "issue-specific knowledge, training and experience" and

[TRADUCTION] Je crains que les deux agents se soient trouvés dans le secteur à seule fin d'effectuer des contrôles routiers aléatoires pour intercepter le passage de la drogue d'ouest en est, un phénomène fréquent selon l'agent Sperl[i]e. Il est donc tout à fait concevable que les observations de l'agent Sperl[i]e à propos du comportement de l'accusé aient été amplifiées après la découverte de la drogue. [Je souligne; par. 47.]

[26] Ayant conclu que la marihuana avait été obtenue en violation du droit à la vie privée qui découle de l'art. 8 de la *Charte*, le juge a écarté cet élément pour les mêmes motifs que ceux exposés par le juge Binnie dans *Kang-Brown*, par. 104. Finalement, le juge de première instance a expliqué que les policiers avaient outrepassé leurs pouvoirs et procédé à une fouille sans mandat reposant sur des motifs insuffisants.

[27] Puisque la marihuana avait été écartée, le ministère public ne pouvait pas établir l'infraction. Par conséquent, le juge a ordonné l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291)*

[28] La Cour d'appel a examiné les observations du juge de première instance au sujet de la sincérité de la croyance subjective de l'agent Sperlie au moment d'utiliser Levi et de la possibilité que ses observations à propos du comportement de l'appellant aient été [TRADUCTION] « amplifiées » « après la découverte de la drogue » (par. 20). Selon la cour, si le juge de première instance « avait voulu rejeter le témoignage de l'agent, il l'aurait fait en termes clairs » (par. 21). Or, puisqu'il ne l'avait pas fait, la cour en a déduit que le juge était convaincu que l'agent Sperlie avait la croyance subjective nécessaire lorsqu'il a décidé de faire appel au chien.

[29] En ce qui concerne la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'agent Sperlie n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner l'appellant d'une infraction liée à la drogue, la cour a conclu que le juge avait minimisé à tort — en les qualifiant de simples [TRADUCTION] « opinions » — les inférences tirées par l'agent Sperlie. Celles-ci reposaient sur « ses connaissances, sa formation et

their probative value was to be assessed “not in terms of unsubstantiated opinion” but as “*informed opinion*” in line with Cst. Sperlie’s training and experience (para. 33 (emphasis in original)).

[30] In the end, while acknowledging that the case was “very close to the line”, the court was satisfied that the “constellation of objective factors” was sufficient to meet the “reasonable suspicion standard” (para. 37). It followed that the sniffer-dog search was reasonable and conformed to the requirements of s. 8 of the *Charter*. Hence, the marihuana was lawfully obtained and there was no need to consider s. 24(2). In light of this conclusion, the court set aside the appellant’s acquittal and remitted the matter to trial.

V. Analysis

A. *Introduction*

[31] This case concerns a sniff search by a drug-detection dog of a motor vehicle parked on the side of a public highway, having been pulled over for a regulatory infraction. That is the context against which the search in question is to be assessed. This Court has held that motor vehicles, though emphatically not *Charter*-free zones, are places in which individuals have a reasonable but “reduced” expectation of privacy (*R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 38; see also *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 534). The privacy context here is thus analogous to the bus terminal in *Kang-Brown* and the school in *A.M.*, where the use of police sniffer dogs on the basis of reasonable suspicion was found to pass *Charter* muster. As a result, I am satisfied that the police here were entitled to enlist the aid of a sniffer dog for crime prevention on the same basis.

son expérience relatives à ces questions ». Leur valeur probante devait être déterminée « non pas comme une opinion sans fondement » mais plutôt comme une « *opinion éclairée* » par la formation et l’expérience de l’agent (par. 33 (italiques dans l’original)).

[30] En fin de compte, tout en reconnaissant que la preuve [TRADUCTION] « frôlait la limite », la cour était convaincue que « l’ensemble de facteurs objectifs » suffisait pour que soit respectée la « norme des soupçons raisonnables » (par. 37). Par conséquent, la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur n’était pas abusive et ne contrevenait pas à l’art. 8 de la *Charte*. La marihuana avait donc été obtenue légalement, et point n’était besoin de se pencher sur l’application du par. 24(2). Compte tenu de cette conclusion, la cour a annulé l’acquittement de l’appelant et ordonné la tenue d’un procès.

V. Analyse

A. *Introduction*

[31] La présente affaire porte sur la fouille, effectuée à l’aide d’un chien détecteur de drogue, d’un véhicule à moteur garé en bordure d’une voie publique et qui avait été intercepté pour une infraction à une loi provinciale. Voilà le contexte dans lequel il faut situer la fouille en question pour l’analyse. La Cour, si elle a statué on ne peut plus clairement qu’un véhicule à moteur ne saurait constituer une zone soustraite à l’application de la *Charte*, a conclu que la personne qui s’y trouve a une attente raisonnable, mais « moindre », en matière de vie privée (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 38; voir également *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 534). En l’espèce, le contexte relatif à la vie privée est analogue à ceux des affaires *Kang-Brown* (une gare d’autocar) et *A.M.* (une école). Dans ces arrêts, la Cour conclut à la constitutionnalité de l’utilisation par la police d’un chien renifleur en cas de soupçons raisonnables. Par conséquent, dans l’affaire qui nous occupe, je suis convaincu que les policiers étaient habilités suivant la même norme à faire appel à ce type de chien pour la prévention de la criminalité.

[32] Neither *Chehil* nor this case “require a category-based decision on the constitutionality of the use of sniffer dogs by the police that will apply in all circumstances” (*Kang-Brown*, at para. 137, *per* Deschamps J.). We continue to approach the use of this police investigative technique one case at a time, in each instance having regard to the context of the situation, balancing the extent of any privacy interest and the state’s countervailing interest in law enforcement. This case, for example, “does not involve explosives, guns or other public safety concerns” (*Kang-Brown*, at para. 18, *per* Binnie J.; see also *A.M.*, at para. 3, *per* Binnie J.). Nor does it involve the use of sniffer dogs in contexts such as the home, where courts have long recognized a heightened privacy interest (see, e.g., *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *Florida v. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013)).

[33] Because the sniff, arrest, and search incident to arrest occurred *after* the appellant was pulled over for speeding, it is important to identify the relevant legal authority for each of these actions, having regard to what the police knew and when they knew it (*R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 4). Accordingly, I propose to begin my analysis with the initial stop for speeding and will then consider both the appellant’s detention and the searches. Though the courts below did not approach the case in the same manner, I do so for purposes of clarifying the framework that guides such inquiries. Nevertheless, and as I stated at the outset, the principal question in this appeal remains whether the police had reasonable grounds to suspect that the appellant was involved in a drug-related offence.

B. *The Detention*

[34] Counsel for the appellant acknowledged during the *voir dire* that the police had the authority to detain the appellant to investigate for speeding pursuant to *The Traffic Safety Act*, S.S. 2004, c. T-18.1.

[32] Dans la présente affaire et dans *Chehil*, « [i]l n’est [. . .] pas nécessaire [. . .] de rendre, au sujet de la constitutionnalité de l’utilisation des chiens renifleurs par les policiers, une décision fondée sur des catégories qui va s’appliquer dans tous les cas » (*Kang-Brown*, par. 137, la juge Deschamps). Nous continuons d’examiner l’utilisation de cette technique d’enquête policière au cas par cas, en prenant en compte le contexte et en soupesant d’une part le droit à la vie privée, quel qu’il soit et, d’autre part l’intérêt opposé de l’État à faire appliquer la loi. En l’espèce, par exemple, « [i]l n’est pas question d’explosifs, d’armes à feu ou d’autres problèmes de sécurité publique » (*Kang-Brown*, par. 18, le juge Binnie; voir également *A.M.*, par. 3, le juge Binnie). Il n’est pas non plus question de la fouille, au moyen d’un chien renifleur, d’une résidence, à l’égard de laquelle les tribunaux reconnaissent depuis longtemps l’application d’un intérêt supérieur à la vie privée (voir, p. ex., *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *Florida c. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013)).

[33] Vu que la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur, l’arrestation et la fouille accessoire à l’arrestation sont survenues *après* que l’appelant a été intercepté pour excès de vitesse, il importe de déterminer le pouvoir légal habilitant chacune de ces actions, en ce qui a trait aux renseignements obtenus par la police à chacune de ces étapes (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 4). Par conséquent, je propose de commencer mon analyse par l’interception initiale pour excès de vitesse et d’examiner ensuite la détention et les fouilles. Bien que les tribunaux inférieurs aient abordé l’affaire sous un autre angle, ma démarche vise à préciser le cadre qui guide l’analyse. Néanmoins, comme je l’ai indiqué au départ, la principale question à trancher dans le présent pourvoi est toujours celle de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant d’une infraction liée à la drogue.

B. *La détention*

[34] L’avocat de l’appelant a reconnu lors du *voir dire* que la police avait le pouvoir de détenir son client pour enquêter sur un excès de vitesse en vertu de la *Traffic Safety Act*, S.S. 2004, ch. T-18.1. Il a

Counsel argued, however, that the further detention of the appellant after Cst. Sperlie had delivered his warning fell afoul of this Court's decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59.

[35] *Mann* held that the police are entitled to detain a person for investigative purposes where they have reasonable grounds to suspect that the individual is connected to particular criminal activity and that such a detention is reasonably necessary in the circumstances (para. 45). In essence, the appellant's argument here is that there was no basis to detain him.

[36] It is important that the detention and search issues in this case be kept analytically distinct because they stem from different police powers and must respect different *Charter* rights (*R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, at paras. 48-49; *R. v. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12, at para. 105). We have never suggested that a sniffer-dog search is authorized as a search incidental to a detention. On the contrary, the detention and the sniff must be independently justified, even if both are based on the same underlying facts that led police to reasonably suspect that the appellant was involved in a drug-related offence.

[37] In this case, the basis for the detention and the basis for the search are one and the same — reasonable grounds to suspect that the appellant was involved in an offence under the *CDSA*. Accordingly, the grounds for both the detention and the sniff must sink or swim together. My conclusion that the police had reasonable suspicion sufficient to justify the sniffer-dog search (which I set out in full below) thus leads equally to the conclusion that the police had “reasonable grounds to detain” the appellant under the authority recognized in *Mann* (para. 33).

[38] Parenthetically, I note that the reference in *Mann* to “reasonable grounds to detain” has led to some confusion for the bench and bar alike. In the

cependant soutenu que le maintien en détention de l'appellant après l'avertissement de l'agent Sperlie allait à l'encontre de la décision de la Cour dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59.

[35] Selon l'arrêt *Mann*, les policiers ont le droit de détenir une personne aux fins d'enquête lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que cette personne est impliquée dans une activité criminelle donnée et qu'il est raisonnablement nécessaire de la détenir compte tenu des circonstances (par. 45). Essentiellement, l'appellant fait valoir en l'espèce qu'il n'existait pas de motifs de détention.

[36] Il est important d'analyser séparément la détention et la fouille en l'espèce parce qu'elles reposent sur des pouvoirs policiers distincts et mettent en jeu différents droits garantis par la *Charte* (*R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, par. 48-49; *R. c. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12, par. 105). Notre Cour n'a jamais laissé entendre que la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur est autorisée comme fouille accessoire à la détention. Bien au contraire, et la détention et la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur doivent être justifiées indépendamment, même si ces actions sont fondées sur les mêmes faits sous-jacents ayant donné naissance à des soupçons raisonnables quant à la participation de l'appellant à une infraction liée à la drogue.

[37] En l'espèce, la détention et la fouille reposent sur un seul et même fondement — l'existence de motifs raisonnables de soupçonner l'appellant d'une infraction à la *LRCDA*. Par conséquent, les motifs justifiant la détention et la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur doivent subir le même sort. Ma conclusion selon laquelle les policiers avaient des soupçons raisonnables suffisants pour justifier d'utiliser le chien renifleur, que j'exposerai en détail plus loin, permet donc aussi de conclure que la police avait à l'égard de l'appellant des « motifs raisonnables de détention » en vertu du pouvoir reconnu dans l'arrêt *Mann* (par. 33).

[38] Incidemment, je signale que le terme « motifs raisonnables de détention » employé dans l'arrêt *Mann* a entraîné une certaine confusion tant auprès

context of detention, “reasonable grounds” means reasonable grounds *to suspect* that an individual is involved in particular criminal activity, which is synonymous with reasonable suspicion. However, in other contexts, such as an arrest, “reasonable grounds” means reasonable grounds *to believe* that an individual is or has been involved in a particular offence, which is synonymous with reasonable and probable grounds. The former concept is a matter of possibilities, while the latter is one of probabilities. See *Chehil*, at para. 27; *Kang-Brown*, at para. 164, *per* Deschamps J.

[39] To return to the facts here, it is unnecessary to consider whether the manner of the appellant’s detention was reasonably necessary in the circumstances. Unlike *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, there is no suggestion here that the manner in which he was detained (being asked to sit by the side of the road while the sniff was conducted) was not reasonably necessary in the circumstances.

[40] Accordingly, there was no breach of the appellant’s right against arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*.

C. *Did the Police Have Reasonable Grounds to Suspect That the Appellant Was Involved in a Drug-Related Offence?*

[41] I turn then to the crux of this case. The hallmark of reasonable suspicion, as distinguished from mere suspicion, is that “a sincerely held subjective belief is insufficient” to support the former (*Kang-Brown*, at para. 75, *per* Binnie J., citing P. Sankoff and S. Perrault, “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123, at p. 125). Rather, as Karakatsanis J. observes in *Chehil*, reasonable suspicion must be grounded in “objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny” (para. 26).

des juges que des avocats. Dans le contexte d’une détention, les « motifs raisonnables » s’entendent des motifs raisonnables de *souppçonner* une personne d’une infraction donnée, c’est-à-dire des soupçons raisonnables. Or, dans d’autres contextes, comme celui de l’arrestation, les « motifs raisonnables » s’entendent des motifs raisonnables de *croire* qu’une personne est impliquée dans une infraction donnée ou l’a été, c’est-à-dire des motifs raisonnables et probables. La première norme évoque la possibilité, la seconde, la probabilité. Voir *Chehil*, par. 27; *Kang-Brown*, par. 164, la juge Deschamps.

[39] Pour revenir aux faits de l’espèce, il n’est pas nécessaire de déterminer si la détention de l’appelant de cette manière était raisonnablement nécessaire compte tenu des circonstances. Contrairement à la conclusion tirée dans l’arrêt *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, en l’espèce rien ne permet de croire que la forme de détention (l’appelant a été invité à s’asseoir au bord de la route pendant la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur) n’était pas raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

[40] Par conséquent, il n’y a pas eu atteinte au droit de l’appelant à la protection contre la détention arbitraire garanti par l’art. 9 de la *Charte*.

C. *Les policiers avaient-ils des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant d’une infraction liée à la drogue?*

[41] J’en viens au nœud de la présente affaire. Ce qui distingue les soupçons raisonnables des simples soupçons est le fait qu’« une croyance subjective sincère ne suffit pas » à les justifier (*Kang-Brown*, par. 75, le juge Binnie, citant l’article de P. Sankoff et S. Perrault, « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123, p. 125). Par ailleurs, comme le fait observer la juge Karakatsanis dans *Chehil*, les soupçons raisonnables doivent reposer sur « des faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l’examen judiciaire indépendant » (par. 26).

[42] In this case, for reasons that will become clear, an objective assessment of the facts that the Crown says support Cst. Sperlie’s reasonable suspicion hinges on the credibility of his and Cst. Warner’s evidence at the *voir dire*. Accordingly, whether there was reasonable suspicion that the appellant was engaged in a drug-related offence on the facts here depends on three questions:

- (1) Did the trial judge reject Cst. Sperlie’s evidence as incredible?
- (2) Did the Court of Appeal overstep its bounds by substituting its finding as to reasonable suspicion for the finding made by the trial judge and, in particular, by concluding that the trial judge failed to account for Cst. Sperlie’s training and experience?
- (3) Was Cst. Sperlie’s subjective belief that the appellant might be involved in a drug-related offence objectively reasonable?

I tackle each of these three questions in turn.

- (1) Did the Trial Judge Reject Cst. Sperlie’s Evidence as Incredible?

[43] A preliminary question in this case is whether the trial judge rejected Cst. Sperlie’s evidence as incredible. The trial judge theorized that Constables Sperlie and Warner may have been “in the area” — hundreds of kilometres from their respective home bases — for the purpose of conducting random traffic stops to check “for drugs being transported from west to east” (para. 47). Assuming that to be the case, the trial judge theorized further that Cst. Sperlie may have “enhanced” his observations of the appellant after locating the marijuana in the rear hatch of the appellant’s car (*ibid.*). The issue, thus, is not the sufficiency of reasons on findings of credibility. See, e.g., *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51,

[42] En l’espèce, pour des motifs qui deviendront évidents, le résultat de l’appréciation objective des faits ayant donné naissance aux soupçons raisonnables de l’agent Sperlie, de l’avis du ministère public, est subordonné à la crédibilité des témoignages de celui-ci et de l’agent Warner lors du voir-dire. Par conséquent, l’existence de soupçons raisonnables quant à la participation de l’appellant à une infraction liée à la drogue dépend de la réponse aux trois questions suivantes :

- (1) Le juge de première instance a-t-il rejeté le témoignage de l’agent Sperlie parce qu’il le considérait comme étant non digne de foi?
- (2) La Cour d’appel a-t-elle outrepassé les limites de sa compétence en substituant ses conclusions quant à l’existence des soupçons raisonnables à celles tirées par le juge de première instance, et particulièrement, en concluant que ce dernier avait négligé la formation et l’expérience de l’agent Sperlie?
- (3) La croyance subjective de l’agent Sperlie quant à la possibilité que l’appellant soit impliqué dans une infraction liée à la drogue était-elle objectivement raisonnable?

J’aborde chaque question à tour de rôle.

- (1) Le juge de première instance a-t-il rejeté le témoignage de l’agent Sperlie parce qu’il le considérait comme étant non digne de foi?

[43] La question préliminaire à trancher en l’espèce est celle de savoir si le juge de première instance a rejeté le témoignage de l’agent Sperlie parce qu’il le considérait comme étant non digne de foi. Le juge a avancé l’hypothèse selon laquelle les agents Sperlie et Warner avaient pu se trouver « dans le secteur » — à des centaines de kilomètres de leur détachement respectif — à seule fin d’effectuer des contrôles routiers aléatoires « pour intercepter le passage de la drogue d’ouest en est » (par. 47). Partant de cette hypothèse, le juge a ajouté que les observations de l’agent Sperlie à propos du comportement de l’appellant avaient pu être « amplifiées » après la découverte de la marijuana

[2008] 3 S.C.R. 3. Rather, the issue is *whether a finding was made at all*.

[44] Manifestly, if the officers were in fact engaged in random traffic stops to check for drugs, their actions would be unconstitutional and amount to a serious abuse of the powers society has entrusted to them. Had the trial judge so found, this would also have tainted the entirety of their evidence and put an end to the matter. There would have been no need for the trial judge to write a decision devoted in the main to the principles of law governing sniff searches and the meaning of the term “reasonable suspicion”. A simple rejection of the officer’s evidence would have sufficed.

[45] The allegations underlying such a finding and the ramifications for both the appellant and the officers are serious matters, not to be taken lightly. I accept that there will be cases in which a trial judge refuses to act on an officer’s testimony where the trial judge has real concerns about the officer’s veracity. See, e.g., *R. v. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, aff’d 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184. In such cases, where the officer’s testimony is crucial, the Crown will have failed to prove on a balance of probabilities that its warrantless search was reasonable (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278).

[46] In this case, if the trial judge had such concerns about the sincerity of Cst. Sperlie’s belief, and more importantly the integrity of his and Cst. Warner’s evidence, I do not believe he would have addressed such concerns in the offhand fashion he did — and then almost as an afterthought, in a single paragraph. Rather, I expect he would have signalled his concerns and indicated that they prevented him from acting on the evidence of the officers. It would then follow that the Crown

dans le coffre de la voiture de ce dernier (*ibid.*). La question ne consiste donc pas à déterminer si les motifs du juge expliquant ses conclusions sur la crédibilité étaient suffisants ou non. Voir, p. ex., *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3. La question consiste plutôt à *déterminer si le juge a effectivement tiré de telles conclusions*.

[44] Manifestement, si les agents effectuaient dans les faits des contrôles routiers aléatoires en vue d’intercepter de la drogue, leurs actes seraient inconstitutionnels et constitueraient un abus grave des pouvoirs qui leur sont conférés par la société. Si le juge avait tiré une telle conclusion, elle aurait eu pour effet de vicier l’ensemble de leurs témoignages et de mettre fin à l’instance. Il n’aurait pas rédigé des motifs consacrés pour l’essentiel aux principes de droit régissant la fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur et à l’interprétation du terme « soupçons raisonnables ». Il lui aurait suffi de rejeter le témoignage de l’agent.

[45] Les allégations étayant pareille conclusion et les conséquences qu’elle emporterait tant pour l’appelant que pour les agents sont des questions graves qu’il ne faut pas prendre à la légère. Je reconnais qu’il existe des cas où le juge refuse d’ajouter foi au témoignage d’un agent de police, lorsqu’il a de réels doutes quant à sa véracité. Voir, p. ex., *R. c. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, conf. par 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184. Si c’est le cas et que le témoignage de l’agent est crucial, le ministère public n’aura pas réussi à prouver selon la prépondérance des probabilités que la fouille sans mandat n’était pas abusive (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 161; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

[46] En l’espèce, si le juge avait eu de telles réserves quant à la sincérité de la croyance de l’agent Sperlie et surtout quant à l’intégrité de son témoignage et de celui de l’agent Warner, je ne crois pas qu’il aurait abordé la question de la manière désinvolte dont il l’a fait — presque incidemment, le tout tenant en un seul paragraphe. Je m’attendrais plutôt à ce qu’il ait souligné ses réserves et indiqué qu’elles l’avaient empêché d’ajouter foi aux témoignages des agents. Le ministère public n’aurait

had failed to meet its burden of proving the search was reasonable.

[47] I conclude as much because Cst. Sperlie offered a complete explanation as to why he and Cst. Warner were on traffic duty several hundred kilometres from their respective home bases and why they had Levi with them at the time. In his cross-examination of Cst. Sperlie during the *voir dire*, counsel for the appellant sought to impugn the officer's credibility in an exchange:

Q: What were you doing in Moose Jaw?

A: We were asked to come down here and — and conduct traffic work.

Q: So you came down here to do traffic work, with your dog?

A: Correct. [A.R., vol. II, at p. 44]

[48] As Cst. Sperlie would go on to explain during cross-examination, he and other RCMP officers had often been asked to assist with traffic work in other parts of the province. By way of example, Cst. Sperlie testified that he had gone to Buffalo Narrows, Saskatoon, and “all over the province” to assist with conducting traffic work (A.R., vol. II, at pp. 44-45).

[49] Cst. Sperlie further testified that the RCMP at the relevant time had a shortage of officers with “probably half the number of traffic members in this division that . . . we had in previous years, and we're seeing a decrease in officer visibility” on highways (A.R., vol. II, at p. 45). He explained that the RCMP was attempting to muster a “greater visibility of police”, which could be facilitated by bringing in officers from various different areas to focus on “traffic projects” in one area at a time (*ibid.*).

[50] When asked why he had his dog with him while on traffic duty, Cst. Sperlie explained that Levi lives with him and “went with me everywhere I went, days on and days off” and “on one occasion”

alors pas réussi à s'acquitter de son fardeau de prouver le caractère non abusif de la fouille.

[47] Je tire cette conclusion parce l'agent Sperlie a fourni une explication complète au sujet de la présence de l'agent Warner et de lui-même à des centaines de kilomètres de leur détachement respectif pour effectuer des contrôles routiers avec Levi. Contre-interrogeant le premier au cours du voir-dire, l'avocat de l'appelant a tenté d'attaquer sa crédibilité dans l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q : Que faisiez-vous à Moose Jaw?

R : On nous a demandé de venir ici et de — de contrôler la circulation.

Q : Alors, vous êtes venus ici pour contrôler la circulation, avec votre chien?

R : C'est exact. [d.a., vol. II, p. 44]

[48] Comme l'a expliqué l'agent Sperlie lors du contre-interrogatoire, on lui avait demandé souvent, ainsi qu'à d'autres agents de la GRC, d'aider à assurer le contrôle de la circulation dans d'autres parties de la province. À titre d'exemple, il a affirmé l'avoir fait à Buffalo Narrows, à Saskatoon, et [TRADUCTION] « aux quatre coins de la province » (d.a., vol. II, p. 44-45).

[49] Selon l'agent Sperlie, au moment des faits, la GRC manquait d'agents et ses effectifs comprenaient [TRADUCTION] « probablement la moitié du nombre de membres du service de la sécurité routière dans la division que [. . .] nous avons les années précédentes, et nous avons constaté une diminution de la présence policière » sur les routes (d.a., vol. II, p. 45). Il a expliqué que la GRC tentait d'augmenter « la présence policière », en affectant des agents d'autres secteurs à des « projets relatifs à la circulation » qui ciblent un secteur à la fois (*ibid.*).

[50] Interrogé au sujet de la présence du chien lors des contrôles routiers, l'agent Sperlie a expliqué que Levi vivait avec lui et l'accompagnait [TRADUCTION] « toujours partout où [il allait], en service ou non »

even accompanied him on a holiday (A.R., vol. II, at p. 44). Cst. Sperlie also testified that he had been asked to do traffic work in other areas of the province both before and after he got Levi and that he previously had done work “in all different places, in — in the same areas, in fact, that I’ve been with the dog” (A.R., vol. II, at p. 45).

[51] On its face, Cst. Sperlie’s testimony during cross-examination thus provides a satisfactory explanation for why he and Cst. Warner were located where they were, doing what they were doing. The trial judge did not reject this evidence. Instead, he raised two speculative concerns, which he then proceeded to leave unresolved. Put differently, in the end, his concerns notwithstanding, the trial judge declined to make an adverse credibility finding. Surely, it is not our role to do so now. On the record before us, and absent an adverse credibility finding, we must proceed on the basis that the trial judge accepted Cst. Sperlie’s testimony as credible.

[52] To do otherwise, when the trial judge himself did not do so, would leave us in an unworkable legal limbo — the officers’ testimony is not out, but it is not quite in either, and we are left to guess what the trial judge thought about it. Instead of relying on what *the trial judge* actually did, *we* would be required to arbitrarily assign weight to the various pieces of evidence based on our own assumptions. With respect, that is not the role of an appellate court. We must take the findings of the trial judge, or the lack thereof, as they actually are — not how they could have been.

(2) Did the Court of Appeal Impermissibly Substitute Its Finding as to Reasonable Suspicion for the Finding of the Trial Judge?

[53] The appellant submits that the Court of Appeal failed to show deference to the trial judge’s findings of fact and merely substituted its own findings for those of the trial judge. I disagree.

et qu’« une fois » il l’avait même accompagné en vacances (d.a., vol. II, p. 44). Il a ajouté qu’il avait été affecté aux contrôles routiers dans d’autres régions de la province tant avant qu’on lui confie Levi qu’après et qu’il avait travaillé auparavant « à beaucoup de différents endroits, dans — dans les mêmes secteurs, en fait, que depuis que j’ai le chien » (d.a., vol. II, p. 45).

[51] A priori, le témoignage de l’agent Sperlie en contre-interrogatoire fournit donc une explication satisfaisante de la présence de l’agent Warner et de lui-même à cet endroit et de ce qu’ils y faisaient. Le juge de première instance n’a pas rejeté ce témoignage. Il a plutôt formulé deux réserves hypothétiques qu’il a laissées en suspens. Autrement dit, en dernière analyse, malgré ses réserves, le juge n’a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité. Assurément, il ne nous appartient pas de le faire maintenant. Au vu du dossier qui nous a été soumis et en l’absence d’une conclusion défavorable quant à la crédibilité, nous devons supposer que le juge a tenu le témoignage de l’agent Sperlie pour crédible.

[52] Tirer la conclusion contraire, alors que le juge s’en est abstenu, nous conduirait à une situation juridique insoutenable — le témoignage des agents n’étant ni rejeté, ni tout à fait admis, nous serions réduits à deviner l’opinion du juge à cet égard. Au lieu de nous fonder sur les décisions réelles du *juge*, nous serions tenus d’apprécier arbitrairement les différents éléments de preuve à la lumière de nos propres hypothèses. En toute déférence, j’estime que tel n’est pas le rôle d’une cour d’appel. Il faut prendre les conclusions du juge — ou l’absence de conclusions — telles qu’il les a formulées et non pas telles qu’il aurait pu le faire.

(2) La Cour d’appel a-t-elle substitué de manière inacceptable ses conclusions quant à l’existence des soupçons raisonnables à celles du juge de première instance?

[53] L’appelant fait valoir que la Cour d’appel n’a pas fait preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait tirées par le juge de première instance et y a simplement substitué les siennes. Je ne suis pas d’accord.

[54] Whether the facts as found by the trial judge amount to reasonable suspicion is a question of law (*R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20; *Nolet*, at para. 47). As McLachlin C.J. and Charron J. explained in *Shepherd*, the logic of which is equally applicable to reasonable suspicion:

While there can be no doubt that the existence of reasonable and probable grounds is grounded in the factual findings of the trial judge, the issue of whether the facts as found by the trial judge amount at law to reasonable and probable grounds is a question of law. As with any issue on appeal that requires the court to review the underlying factual foundation of a case, it may understandably seem at first blush as though the issue of reasonable and probable grounds is a question of fact. However, this Court has repeatedly affirmed that the application of a legal standard to the facts of the case is a question of law: see *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 18; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23. . . . Although the trial judge's factual findings are entitled to deference, the trial judge's ultimate ruling is subject to review for correctness. [Underlining added; para. 20.]

Accordingly, in a case such as this one, an appellate court must *always* engage in a *de novo* analysis and thereby substitute its own view of the correct answer for a trial judge's legal conclusion. Deference would apply only if one of the parties sought to attack a finding of fact on appeal. That is not the case here.

[55] During cross-examination, defence counsel did not challenge the probative value of the factors on which Cst. Sperlie relied. It is true, however, that defence counsel did cross-examine Cst. Sperlie at some length on his *ability to detect* certain of those factors, such as nervousness (see A.R., vol. II, at pp. 27-32). For example, Cst. Sperlie was asked if he had taken any classes in anatomy, physiology, or endocrinology. He answered that he had not taken such classes and he conceded that he was not a "drug recognition expert" (A.R., vol. II, at p. 30).

[54] La question de savoir si les faits que le juge du procès a constatés constituent des motifs raisonnables de soupçonner est une question de droit (*R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20; *Nolet*, par. 47). Comme l'expliquent la juge en chef McLachlin et la juge Charron dans l'arrêt *Shepherd*, qui peut s'appliquer de même aux motifs raisonnables de soupçonner,

[b]ien qu'il ne fasse aucun doute que l'existence de motifs raisonnables et probables découle des conclusions de fait du juge du procès, la question de savoir si les faits qu'il a constatés constituent en droit des motifs raisonnables et probables est une question de droit. Comme pour toute question litigieuse en appel nécessitant que la cour examine le contexte factuel qui sous-tend l'affaire, on pourrait penser, à première vue, que la question des motifs raisonnables et probables est une question de fait. Toutefois, notre Cour a, à maintes occasions, affirmé que l'application d'une norme juridique aux faits est une question de droit : voir *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 18; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23. [. . .] Bien que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence, la décision qu'il a rendue en définitive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte. [Je souligne; par. 20.]

Par conséquent, dans un cas comme celui qui nous occupe, la cour d'appel doit *toujours* procéder à sa propre analyse et substituer ainsi son interprétation de la conclusion correcte à celle tirée en droit par le juge du procès. La déférence ne s'impose que si l'une des parties conteste une conclusion de fait en appel. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[55] Lors du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense n'a pas contesté la valeur probante des facteurs sur lesquels s'était fondé l'agent Sperlie. Certes, l'avocat de la défense l'a longuement contre-interrogé sur sa *capacité de détecter* certains de ces facteurs, comme la nervosité (voir d.a., vol. II, p. 27-32). Par exemple, l'avocat a demandé à l'agent Sperlie s'il avait suivi des cours d'anatomie, de physiologie ou d'endocrinologie. Celui-ci a répondu par la négative et a admis qu'il n'était pas un [TRADUCTION] « expert en reconnaissance de drogue » (d.a., vol. II, p. 30).

[56] This Court, however, has not required expert qualifications as a precondition for police testimony on matters properly within the realm of officer training and experience. Just three years ago, in *Nolet*, there was a question as to an officer's ability to identify an unexplained \$115,000 in bills of small denominations wrapped in bundles as being typical of drug transactions. The issue was whether the discovery of the cash objectively supported the officer's subjective belief that he had reasonable and probable grounds to arrest. The officer had testified:

Based on my experience as well as research I have done and the sessions I have had with experts and people who have been involved in this type of activity, the type of bundling that was observed there with the elastic bands and the small denominations is indicative of it being involved in proceeds of crime and in particular of the drug trade in my mind. [Emphasis added; para. 48.]

After pointing to the officer's testimony, Binnie J. held for a unanimous Court: "While the Crown did not attempt to qualify the officer as an expert on drug monies, the officer's experience and training supported the probative value of his evidence on this point" (*Nolet*, at para. 48 (emphasis added)). In this case, Cst. Sperlie testified:

In 2001 I had what's called a pipeline course, it's a course that's offered by the R.C.M.P. that just teaches front line members different indicators, behaviours and things of traveling criminals along the highway. It essentially enhances the awareness of — of front line police officers. I've also, in 2001, had a standardized field sobriety testing course, and on that course there is a half day lecture on different types of drugs and the observable effects that those drugs have on the body, essentially what officers — what types of effects the officer can see in a person that's consumed different types of drugs. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 8-9.]

[57] There is no material distinction between *Nolet* and this case. Police officers need not be trained pharmacologists or toxicologists or medical doctors before they can give evidence on the factors

[56] La Cour n'exige cependant pas de compétences d'expert chez un agent de police qui témoigne sur des questions qui se rapportent à sa formation et à son expérience. Il y a trois ans, l'affaire *Nolet* intéressait la capacité d'un agent de police de conclure qu'une somme de 115 000 \$ de provenance inexpliquée qui se présentait sous forme de petites coupures emballées en liasses était caractéristique du trafic de drogue. Il s'agissait de savoir si la découverte de l'argent liquide étayait objectivement la croyance subjective de l'agent de police quant à l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant l'arrestation. Dans son témoignage, le policier a déclaré ce qui suit :

Selon mon expérience, les recherches que j'ai faites et les séances auxquelles j'ai participé avec des experts et des gens qui connaissent ce type d'activité, ce type de liasses qu'on voyait là, avec les bandes élastiques et les petites coupures, indique que cet argent était lié aux produits de la criminalité et en particulier au trafic de stupéfiants, dans mon esprit. [Je souligne; par. 48.]

Après avoir souligné le témoignage de l'agent, le juge Binnie conclut, au nom de la Cour unanime : « Bien que le ministère public n'ait pas essayé de qualifier l'agent d'expert en matière d'argent provenant du trafic de stupéfiants, son expérience et sa formation militaient en faveur de la force probante de son témoignage sur ce point » (*Nolet*, par. 48 (je souligne)). Voici ce que l'agent Sperlie a déclaré en l'espèce :

[TRADUCTION] En 2001, j'ai suivi un « cours sur les lignes d'approvisionnement » en drogue donné par la GRC et destiné aux membres de première ligne où j'ai étudié les différents indices, comportements et éléments associés aux criminels qui empruntent les routes. Ce cours vise essentiellement à sensibiliser — les agents de police de première ligne. En 2001, j'ai suivi aussi la formation habituelle sur les tests normalisés de sobriété administrés sur place, y compris un exposé d'une demi-journée sur différents types de drogue et leurs effets visibles sur le corps, pour l'essentiel, les effets que les agents de police — quels types d'effets l'agent peut déceler chez une personne qui a consommé différents types de drogue. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 8-9.]

[57] Aucune différence importante ne distingue l'arrêt *Nolet* de l'affaire qui nous occupe. Les agents de police n'ont pas à être qualifiés en pharmacologie, en toxicologie ou en médecine pour témoigner

that their training and experience has taught them provide reasonable grounds to suspect that someone is engaged in the use of drugs. As Richards J.A. (as he then was) observed in *Yeh* with respect to the recognition of drug use symptoms:

. . . it should be underlined that, in order to take into account a police officer's training or experience in these sorts of matters, it is not necessary that the officer have the qualifications of an "expert" in the technical sense of being someone entitled to give opinion evidence. [Emphasis added; para. 57.]

Granted, the ability to detect the symptoms of drug use "is not the kind of skill one would readily expect a police officer to pick up outside of a formal training or educational session" (*Yeh*, at para. 56). But there *was* such training in this case. Accordingly, it would be a mistake to place emphasis on the fact that Cst. Sperlie was not qualified as a "drug recognition expert".

[58] In any event, focusing on Cst. Sperlie's expert status misses a more important point. What is at issue in this appeal is not Cst. Sperlie's *ability to detect* nervousness — his unsurprising lack of training in endocrinology would presumably pose no hurdle in that regard — *but the probity of nervousness as a factor tending to indicate involvement with a drug-related offence*. In other words, the appellant challenges *the use of* nervousness, pink eyes, and such as relevant factors in the constellation that the police are trained to look for in supporting a reasonable suspicion. See, e.g., A.F., at para. 39 ("nervousness coupled with factors . . . [is] not objectively sufficient"). And *that* is something on which Cst. Sperlie was never challenged — and on which we have no evidence other than his uncontradicted testimony. To ignore this crucial distinction is to ignore that this is essentially a bait-and-switch argument.

au sujet des facteurs qui fournissent, selon leur formation et leur expérience, des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a consommé de la drogue. Ainsi que le fait observer le juge Richards (maintenant juge en chef de la Cour d'appel) dans *Yeh* quant à la reconnaissance des symptômes révélant une consommation de drogue :

[TRADUCTION] . . . il convient de noter que, pour que la formation ou l'expérience d'un agent de police relativement à ces questions puisse être prise en compte, il n'est pas nécessaire que l'agent possède une « expertise » au sens technique du terme, c'est-à-dire qu'il soit habilité à donner un témoignage d'opinion. [Je souligne; par. 57.]

Certes, la capacité de déceler les symptômes de la consommation de drogues [TRADUCTION] « ne constitue pas le genre de compétence susceptible d'être acquise par un agent de police autrement qu'en suivant une formation spécialisée ou un cours » (*Yeh*, par. 56). Or, une telle formation *avait été suivie* en l'espèce. Par conséquent, ce serait faire erreur que de mettre l'accent sur le fait que l'agent Sperlie n'était pas un « expert en reconnaissance de drogue ».

[58] Quoi qu'il en soit, en s'attardant à déterminer si l'agent Sperlie était ou non un expert, on passe à côté de l'essentiel. Le présent pourvoi ne porte pas sur la *capacité* de l'agent *de déceler* la nervosité — l'absence de formation en endocrinologie, qui n'a rien d'étonnant, ne constituerait probablement pas d'obstacle à cet égard — *mais plutôt sur la valeur probante de la nervosité en tant que facteur tendant à indiquer la participation à une infraction liée à la drogue*. En d'autres termes, l'appelant conteste le fait que les policiers aient *signalé*, entre autres, la nervosité et les yeux teintés de rose, comme autant de facteurs pertinents, parmi l'ensemble d'éléments qu'ils sont formés à reconnaître, pour justifier l'existence de soupçons raisonnables. Voir, p. ex., m.a., par. 39 ([TRADUCTION] « la nervosité qui s'ajoute aux facteurs [. . .] ne suffit pas comme justification objective »). Et sur *ce* point, les déclarations de l'agent Sperlie n'ont jamais été contestées — et à l'égard duquel nous ne disposons d'aucun élément de preuve, mis à part le témoignage non contredit de celui-ci. Nier cette distinction fondamentale c'est nier qu'un tel argument n'est essentiellement qu'un leurre.

[59] Against that backdrop, the trial judge accepted Cst. Sperlie’s evidence and made no finding of fact as to the probative value of the factors on which Cst. Sperlie was taught to rely (or, for that matter, on the value of the police training sessions that Cst. Sperlie attended). For example, the trial judge did not find that extreme nervousness was of little or no value as a factor going to whether the appellant might be involved in a drug-related offence. If he had, this would have been a different case. See *Chehil*, at para. 65 (citing various cases).

[60] Absent its rejection by the trial judge or an adverse finding of fact, Cst. Sperlie’s evidence as to the factors he learned about from his training and experience is thus on the table. And it must be considered. The Court of Appeal found that the trial judge failed *as a matter of law* to appreciate the significance of that training and experience when evaluating the worth of the factors he considered in forming his belief that the appellant might be involved in an offence under the *CDSA*. I agree.

[61] Here, the trial judge concluded — with no explanation as to why and, in particular, with no analysis of officer training or experience — that Cst. Sperlie’s “opinion” that the appellant might be involved in a drug-related offence was “at best . . . a hunch” (para. 47). The trial judge’s statement that Cst. Sperlie acted on nothing more than a hunch is another way of stating his *legal* conclusion that Cst. Sperlie lacked reasonable suspicion. And that conclusion, in my view, was incorrect because it would appear to give little, if any, weight to Cst. Sperlie’s training and experience.²

[62] Officer training and experience can play an important role in assessing whether the reasonable suspicion standard has been met. Police officers are trained to detect criminal activity. That is their job. They do it every day. And because of that, “a fact

² I accept that the trial judge refers to officer training and experience in his recitation of the facts and during the *voir dire*. In my respectful view, however, two fleeting mentions cannot — and do not — amount to any meaningful analysis.

[59] Dans ce contexte, le juge de première instance a accepté le témoignage de l’agent Sperlie et n’a tiré aucune conclusion de fait quant à la valeur probante des facteurs que l’agent a été formé à reconnaître (voire à la valeur des cours policiers suivis par ce dernier). Par exemple, le juge n’a pas conclu que la nervosité extrême avait peu ou pas de valeur comme facteur permettant d’établir la possibilité de participation à une infraction liée à la drogue. S’il l’avait fait, la situation aurait été différente. Voir *Chehil*, par. 65 (citant différentes décisions).

[60] En l’absence d’un rejet par le juge ou d’une conclusion de fait défavorable, le témoignage de l’agent Sperlie sur les facteurs tirés de sa formation et de son expérience demeure au dossier. Il faut le prendre en compte. La Cour d’appel a conclu que le juge avait commis une *erreur de droit* en négligeant la formation et l’expérience de l’agent Sperlie lorsqu’il a évalué les facteurs ayant amené ce dernier à croire à la possibilité d’une infraction à la *LRCDA*. Je suis d’accord.

[61] En l’espèce, le juge a conclu — sans fournir d’explication et notamment sans procéder à une analyse de la formation et de l’expérience du policier — que l’« opinion » de l’agent Sperlie selon laquelle il se pouvait que l’appelant participe à une infraction liée à drogue reposait « au mieux [sur] son intuition » (par. 47). En affirmant que les actes de l’agent Sperlie ne reposaient sur rien d’autre que son intuition, le juge formulait en fait sa conclusion *de droit* quant à l’absence de soupçons raisonnables. À mon avis, cette conclusion était erronée, car il semble qu’elle n’accordait guère de poids à la formation et à l’expérience du policier².

[62] La formation et l’expérience d’un agent de police peuvent jouer un rôle important lorsqu’il s’agit de déterminer si la norme des soupçons raisonnables a été respectée. Les agents de police sont formés pour détecter les activités criminelles. C’est

² J’admets que le juge aborde la formation et l’expérience de l’agent de police dans l’exposé des faits et lors du *voir-dire*. Or, j’estime en toute déférence que deux commentaires dits en passant ne peuvent pas constituer — et ne constituent pas — une véritable analyse.

or consideration which might have no significance to a lay person can sometimes be quite consequential in the hands of the police” (*Yeh*, at para. 53). Sights, sounds, movement, body language, patterns of behaviour, and the like are part of an officer’s stock in trade and courts should consider this when assessing whether their evidence, in any given case, passes the reasonable suspicion threshold.

[63] Thus, in assessing whether a case for reasonable suspicion has been made out, the analysis of objective reasonableness should be conducted through the lens of a reasonable person “standing in the shoes of the police officer” (*R. v. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109, at para. 12; see also *R. v. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317, at para. 31).

[64] That is not to say, however, that police training and experience must be accepted uncritically by the courts. As my colleague Karakatsanis J. notes in *Chehil*, “hunches or intuition grounded in an officer’s experience will [not] suffice”, nor is deference necessarily owed to a police officer’s view of the circumstances because of his or her training or experience in the field (para. 47). Reasonable suspicion, after all, is an objective standard that must stand up to independent scrutiny.

[65] In sum, while it is critical that the line between a hunch and reasonable suspicion be maintained to prevent the police from engaging in indiscriminate or discriminatory practices, it is equally vital that the police be allowed to carry out their duties without undue scepticism or the requirement that their every move be placed under a scanning electron microscope.

[66] With those principles in mind, I turn then to a *de novo* assessment of the objective reasonableness of Cst. Sperlie’s subjective belief, which is the heart of the matter.

leur travail. Ils le font quotidiennement. C’est pourquoi [TRADUCTION] « un fait ou un aspect insignifiant aux yeux du profane peut parfois se révéler très important à ceux d’un agent de police » (*Yeh*, par. 53). Ce qu’ils perçoivent par la vue ou l’ouïe, les mouvements, le langage corporel et les types de comportement, notamment, font partie du bagage des agents de police que les tribunaux devraient prendre en considération pour déterminer si leurs témoignages, dans une affaire donnée, permettent d’établir que le seuil des soupçons raisonnables avait été atteint.

[63] Par conséquent, pour déterminer si l’existence de soupçons raisonnables a été prouvée, il faut procéder à l’analyse du caractère objectivement raisonnable du point de vue d’une personne raisonnable [TRADUCTION] « mise à la place de l’agent de police » (*R. c. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109, par. 12; voir également *R. c. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317, par. 31).

[64] Cela ne veut pas dire pour autant que les tribunaux doivent accepter sans réserve la formation et l’expérience des policiers. Comme le fait remarquer ma collègue, la juge Karakatsanis, dans *Chehil*, « l’intuition fondée sur l’expérience du policier [ne] suffira [pas] » et les tribunaux ne sont pas tenus à la déférence à l’égard du point de vue d’un agent de police sur les circonstances du fait de sa formation ou de son expérience sur le terrain (par. 47). Les soupçons raisonnables constituent après tout une norme objective qui doit résister à un examen indépendant.

[65] En somme, s’il est essentiel de maintenir cette distinction entre l’intuition et les soupçons raisonnables pour empêcher les policiers d’agir de manière aveugle ou discriminatoire, il est tout aussi essentiel de leur donner les coudées franches sans se montrer trop sceptiques à leur égard ou sans exiger que chacun de leurs gestes soit scruté à la loupe.

[66] À la lumière de ces principes, je procède maintenant à mon propre examen pour déterminer si la croyance subjective de l’agent Sperlie était objectivement raisonnable, le cœur du présent pourvoi.

(3) Was Cst. Sperlie's Subjective Belief Objectively Reasonable?

[67] The appellant submits that Cst. Sperlie's subjective belief lacked objective support. That really is the nub of the appellant's case. In essence, he maintains that even taking Cst. Sperlie's training and experience into account, the factors that he relied upon to ground his suspicion were either characteristics of a general nature that apply broadly to innocent people, or patterns of experience that are not objectively supported or supportable. In either case, the argument is that the factors were valueless.

[68] For example, the appellant says it is common for speeders to slow down quickly when they spot a police radar unit, and it is equally common for innocent people to show signs of nervousness when they are stopped by the police. Likewise, hand tremors are as consistent with nervousness as they are with marihuana use, and there are many reasons, apart from marihuana use, why people may have pinkish-coloured eyes.

[69] Equally fruitless, the appellant says, is the evidence about his travelling from Calgary to Regina. All manner of innocent people drive the Trans-Canada Highway from Calgary to Regina every day. Identifying that stretch of highway as a known drug route, with drugs moving from Calgary to Regina, says nothing about the appellant. It is a meaningless piece of information that cannot be used to ground reasonable suspicion.

[70] The concerns raised by the appellant are not idle. They bear careful consideration. Each case must be assessed having in mind the legal principles that my colleague Karakatsanis J. has identified in *Chehil*. What follows is a summary of the principles from *Chehil* that are pertinent to this case.

(3) La croyance subjective de l'agent Sperlie était-elle objectivement raisonnable?

[67] L'appelant fait valoir que la croyance subjective de l'agent Sperlie ne reposait sur aucun élément objectif. Voilà le cœur de la thèse de l'appelant. Essentiellement, celui-ci soutient que, même compte tenu de la formation et de l'expérience de l'agent Sperlie, les facteurs invoqués pour justifier ses soupçons constituaient, soit des caractéristiques de nature générale qui s'appliquaient globalement aux personnes innocentes, soit des profils expérientiels ne reposant, réellement ou potentiellement, sur aucun fondement objectif. Dans un cas comme dans l'autre, l'appelant soutient que ces facteurs étaient dépourvus de toute valeur.

[68] Par exemple, l'appelant affirme qu'il n'est pas rare que les automobilistes qui roulent à une vitesse excessive ralentissent rapidement lorsqu'ils repèrent une voiture de police munie d'un radar, et il n'est pas rare non plus que des personnes innocentes démontrent de la nervosité lorsqu'elles sont interceptées par la police. De même, le tremblement des mains pourrait indiquer tant la nervosité que la consommation de marihuana, et les yeux teintés de rose peuvent s'expliquer par de nombreuses raisons, outre la consommation de cette drogue.

[69] Selon l'appelant, la preuve concernant son déplacement de Calgary à Regina se révèle tout aussi inutile. Bon nombre de personnes innocentes empruntent chaque jour la Transcanadienne entre ces deux villes. Qualifier ce tronçon de route notoire de la drogue servant au transport des substances de Calgary à Regina, ne révèle rien au sujet de l'appelant. Il s'agit d'un renseignement insignifiant qui ne saurait servir à justifier l'existence de soupçons raisonnables.

[70] Les préoccupations soulevées par l'appelant ne sont pas futiles. Elles doivent faire l'objet d'un examen attentif. Chaque affaire doit être jugée compte tenu des principes juridiques que ma collègue, la juge Karakatsanis, a relevés dans l'arrêt *Chehil*. Suit un résumé des principes établis dans cette affaire qui jouent en l'espèce.

[71] Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. Characteristics that apply broadly to innocent people and “no-win” behaviour — he looked at me, he did not look at me — cannot on their own, support a finding of reasonable suspicion, although they may take on some value when they form part of a constellation of factors.

[72] Exculpatory, common, neutral, or equivocal information should not be discarded when assessing a constellation of factors. However, the test for reasonable suspicion will not be stymied when the factors which give rise to it are supportive of an innocent explanation. We are looking here at possibilities, not probabilities. Are the facts objectively indicative of the *possibility* of criminal behaviour in light of the totality of the circumstances? If so, the objective component of the test will have been met. If not, the inquiry is at an end.

[73] Assessing whether a particular constellation of facts gives rise to a reasonable suspicion should not — indeed must not — devolve into a scientific or metaphysical exercise. Common sense, flexibility, and practical everyday experience are the bywords, and they are to be applied through the eyes of a reasonable person armed with the knowledge, training and experience of the investigating officer.

[74] Parenthetically, I note that there are several ways of describing what amounts to the same thing. Reasonable suspicion means “reasonable grounds to suspect” as distinguished from “reasonable grounds to believe” (*Kang-Brown*, at paras. 21 and 25, *per* Binnie J., and at para. 164, *per* Deschamps J.). To the extent one speaks of a “reasonable belief” in the context of reasonable suspicion, it is a reasonable belief that an individual *might* be connected to a particular offence, as opposed to a reasonable belief that an individual *is* connected to the offence. As Karakatsanis J. observes in *Chehil*, the bottom line is that while both concepts must be grounded in

[71] Les soupçons raisonnables doivent être examinés à la lumière de l’ensemble des circonstances. Les caractéristiques qui s’appliquent globalement aux personnes innocentes et les comportements susceptibles d’éveiller les soupçons sous un angle ou sous l’autre — par exemple, le fait que le suspect ait regardé ou non le policier — ne permettent pas de conclure, à eux seuls, à l’existence de soupçons raisonnables, même s’ils peuvent revêtir une certaine valeur lorsqu’ils s’inscrivent dans un ensemble de facteurs.

[72] Il n’y a pas lieu d’écarter les facteurs disculpatoires, communs, neutres ou équivoques lors de l’examen de l’ensemble. Néanmoins, on ne saurait dire qu’il n’est pas satisfait au critère des soupçons raisonnables si les facteurs y donnant naissance peuvent admettre une explication innocente. C’est une question de possibilités, non pas de probabilités. Les faits indiquent-ils objectivement la *possibilité* d’un comportement criminel compte tenu de l’ensemble des circonstances? Dans l’affirmative, il est satisfait à l’élément objectif du critère. Dans la négative, l’analyse prend fin.

[73] L’examen de la question de savoir si un ensemble particulier de faits donne lieu à des soupçons raisonnables ne saurait se muer en un exercice scientifique ou métaphysique. Le bon sens, la flexibilité et l’expérience pratique quotidienne sont les mots d’ordre qui doivent guider cette analyse qui s’effectue du point de vue d’une personne raisonnable munie des connaissances, de la formation et de l’expérience de l’enquêteur.

[74] Incidemment, il existe plusieurs façons de décrire une même notion. Les soupçons raisonnables signifient des « motifs raisonnables de soupçonner » par opposition aux « motifs raisonnables de croire » (*Kang-Brown*, par. 21 et 25, le juge Binnie, et par. 164, la juge Deschamps). Dans le contexte des soupçons raisonnables, par « motifs raisonnables » on entend des motifs raisonnables de croire qu’une personne *pourrait* être impliquée dans une infraction donnée, et non qu’elle *l’est*. Comme le fait observer la juge Karakatsanis dans *Chehil*, en définitive, même si les deux notions doivent se fonder sur des faits objectifs qui résistent à un examen

objective facts that stand up to independent scrutiny, “reasonable suspicion is a lower standard, as it engages the reasonable possibility, rather than probability, of crime” (para. 27).

[75] Applying the principles articulated in *Chehil* to the case at hand, I am satisfied that the factors identified by Cst. Sperlie provide the objective basis needed to support his belief that the appellant might be involved in a drug-related offence.

[76] When the appellant saw Cst. Sperlie’s radar unit, it would seem that he had little cause to be concerned. At worst, he was travelling a few kilometres per hour above the posted limit. His reaction however was noticeable and pronounced, to the point that his sudden decrease in speed caused the front end of his vehicle to pitch forward. Cst. Sperlie described his driving at that point as erratic. Equally odd, the appellant pulled over to the side of the road on his own without being directed by the police to do so.

[77] In making his observations of the appellant, Cst. Sperlie was clear that what he was seeing was not the normal nervous reaction one might expect to see in a driver pulled over for speeding. Having in mind the thousands of traffic stops he had made over the years, the appellant’s level of anxiety was “some of the highest nervousness” he had ever seen. Indeed, it was so pronounced that it caused him to ask the appellant if he was “all right”.

[78] As it turned out, Cst. Sperlie was not imagining things. His concerns were borne out by the appellant who asked for, and received permission to use his asthma medication. The medication did not assist, however. After taking it, the appellant’s extreme degree of nervousness continued unabated — even though he knew he was being investigated for a relatively minor speeding infraction. That too seemed unusual to Cst. Sperlie, and even more so when he learned from a record search that the

indépendant, « les premiers constituent une norme moins rigoureuse, puisqu’ils évoquent la possibilité — plutôt que la probabilité — raisonnable d’un crime » (par. 27).

[75] Après avoir appliqué à la présente espèce les principes formulés dans *Chehil*, je suis convaincu que les facteurs relevés par l’agent Sperlie fournissent le fondement objectif nécessaire pour justifier sa croyance que l’appelant pouvait être impliqué dans une infraction liée à la drogue.

[76] Lorsque l’appelant a aperçu le radar de l’agent Sperlie, il n’avait vraisemblablement guère de raison de s’inquiéter. Au pire, il roulait un peu au-dessus de la limite permise. Or, sa réaction a été perceptible et prononcée, au point où la décélération rapide a fait piquer sa voiture du nez. Selon l’agent Sperlie, sa conduite était imprévisible. Autre fait étrange, l’appelant a garé sa voiture au bord de la route de son propre chef.

[77] Il ressort clairement des observations de l’agent Sperlie à propos du comportement de l’appelant qu’il ne s’agissait pas de la réaction nerveuse normale à laquelle on s’attendrait d’un conducteur intercepté pour excès de vitesse. Compte tenu des milliers de contrôles routiers qu’il avait effectués au fil des ans, il a indiqué que le degré de nervosité de l’appelant était « parmi les plus élevés » qu’il eût jamais vus. En effet, la nervosité de l’appelant était si prononcée que le policier lui a demandé s’il « allait bien ».

[78] Il se trouve que l’agent Sperlie n’avait pas la berlue. Ses doutes ont été confirmés lorsque l’appelant a demandé et obtenu la permission de prendre son médicament contre l’asthme. Or, le médicament est resté sans effet. La nervosité extrême de l’appelant n’a pas diminué — même s’il se savait l’objet d’une enquête relative à une contravention relativement mineure pour excès de vitesse. Ce fait également semblait étrange à l’agent Sperlie, d’autant plus que la vérification des antécédents

appellant had no outstanding tickets or violations that might account for his abnormal state of anxiety.

[79] Accepting Cst. Sperlie's evidence at face value, the appellant's attempt to portray his manner of driving and his degree of nervousness as commonplace reactions that one would expect to see in the population at large is not an accurate depiction of the evidence.

[80] Apart from the appellant's extreme state of anxiety, Cst. Sperlie noticed that his eyes were pinkish in colour and his hands were trembling. From his training and experience as a police officer, these symptoms were consistent with a marihuana user — hence the link to drugs and the possibility that the appellant was concealing drugs in his car.

[81] Finally, the appellant was travelling on the Trans-Canada Highway from Calgary to Regina. From his training and experience, Cst. Sperlie knew that this stretch of highway was a drug route. Standing alone, that factor would have been inconsequential. But it did not stand alone. It was something to be considered along with the other factors, including the appellant's slip-up as to the day he left Regina to go to Calgary.

[82] From his experience, Cst. Sperlie knew that drug traffickers tend to do fast turnarounds — which is precisely what the appellant admitted to, before attempting to change his initial response to indicate he had spent more time in Calgary. Viewed in that light, the appellant's attempt to have the route and destination evidence treated as worthless falls short. It takes on weight when considered with the whole of the evidence presented.

[83] Looking at the totality of the evidence through the lens of an officer with training and field experience in the transportation and detection of drugs, I am satisfied that Cst. Sperlie's subjective belief that the appellant might be involved in a drug-related offence was objectively substantiated.

de l'appellant n'avait révélé aucune contravention impayée ou aucun manquement pouvant expliquer son état anormal d'anxiété.

[79] Si l'on ajoute foi au témoignage de l'agent Sperlie, la description par l'appellant de ses manœuvres routières et de son degré de nervosité comme étant des réactions courantes que l'on pourrait observer dans l'ensemble de la population ne colle pas à la preuve.

[80] Outre l'état d'anxiété extrême de l'appellant, l'agent Sperlie a constaté que les yeux de celui-ci étaient teintés de rose et que ses mains tremblaient. D'après sa formation et son expérience policières, ces symptômes révèlent la consommation de marihuana — d'où le rapport avec la drogue et la possibilité que l'appellant en dissimule dans sa voiture.

[81] Enfin, l'appellant roulait sur la Transcanadienne de Calgary à Regina. La formation et l'expérience de l'agent Sperlie lui avaient appris que ce tronçon servait de route de la drogue. À lui seul, ce facteur aurait été insignifiant. Or, il n'était pas seul. Il fallait l'examiner de concert avec les autres facteurs, dont la bourde de l'appellant quant à la date à laquelle il avait quitté Regina pour se rendre à Calgary.

[82] Avec l'expérience, l'agent Sperlie savait que les trafiquants de drogue ont tendance à effectuer de brefs allers-retours — exactement ce que l'appellant avait admis avoir fait, avant de tenter de modifier sa réponse initiale pour laisser croire qu'il avait passé plus de temps à Calgary. Considérée sous cet angle, la tentative de l'appellant de banaliser son itinéraire et sa destination échoue. Cet élément revêt de l'importance lorsqu'il est évalué au regard de l'ensemble de la preuve présentée.

[83] Examinant l'ensemble de la preuve du point de vue d'un agent de police formé et expérimenté en matière de transport et de détection de drogue, je suis convaincu que la croyance subjective de l'agent Sperlie selon laquelle il était possible que l'appellant soit impliqué dans une infraction liée à la

Accordingly, Cst. Sperlie had reasonable suspicion that the appellant was engaged in a drug-related offence.

[84] Having concluded as much, I pause here to reiterate that courts, under the banner of rigorous judicial oversight, must guard against upping the ante for reasonable suspicion to the point that it virtually mirrors the test for reasonable and probable grounds. To do so would be especially problematic given the clear warning in *Chehil* that “reviewing judges must be cautious not to conflate it with the more demanding reasonable and probable grounds standard” (para. 27).

[85] The reasonable and probable grounds standard is a more demanding standard than the reasonable suspicion standard. It follows inexorably from this that more innocent persons will be caught under a reasonable suspicion standard than under the reasonable and probable grounds standard. That is the logical consequence of the way these standards have been defined.

[86] However unappealing that result may be, we should candidly acknowledge that it is the foundation on which *Kang-Brown, A.M.*, and the other reasonable suspicion cases have been built. Indeed, Karakatsanis J. does just that in *Chehil*, explaining that the “factors that give rise to a reasonable suspicion may also support completely innocent explanations” because the “reasonable suspicion standard addresses the *possibility* of uncovering criminality, and not a *probability* of doing so” (para. 32 (emphasis in original)). We accept this cost to individual privacy as a reasonable one in part because properly conducted sniff searches are “minimally intrusive, narrowly targeted, and highly accurate” (*Chehil*, at para. 28). In short, we have judged the trade-off between privacy and security to be acceptable.

[87] The strength of the factors relied on by the police will, of course, vary from case to case. For example, in *Chehil* the police presented uncontradicted evidence that “most people meeting this

drogue reposait sur des éléments objectifs. Par conséquent, l’agent Sperlie avait des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant d’une telle infraction.

[84] Ayant tiré cette conclusion, je tiens à rappeler que les tribunaux doivent éviter de resserrer le critère des soupçons raisonnables, sous le prétexte de la surveillance rigoureuse, de sorte qu’il finisse par constituer le simple reflet du critère des motifs raisonnables et probables. Un tel résultat serait tout particulièrement problématique, vu la mise en garde formulée clairement dans *Chehil* selon laquelle « le juge siégeant en révision doit se garder de la confondre avec la norme plus exigeante des motifs raisonnables et probables » (par. 27).

[85] La norme des motifs raisonnables et probables est plus exigeante que celle des soupçons raisonnables. Il s’ensuit forcément que plus de personnes innocentes seront visées par la norme des soupçons raisonnables que par celle des motifs raisonnables et probables. C’est la conséquence logique de la manière dont ces normes ont été définies.

[86] Admettons en toute franchise que pareil résultat, si peu attrayant soit-il, constitue le fondement sur lequel reposent les arrêts *Kang-Brown, A.M.*, et d’autres affaires mettant en jeu les soupçons raisonnables. C’est exactement ce que fait valoir la juge Karakatsanis dans *Chehil* lorsqu’elle dit que « les facteurs qui font naître des soupçons raisonnables peuvent également admettre des explications tout à fait innocentes » parce que « la norme des soupçons raisonnables correspond à la *possibilité* — et non à la *probabilité* — de découvrir de la criminalité » (par. 32 (italiques dans l’original)). Nous acceptons cette incidence sur la vie privée, car nous l’estimons raisonnable, notamment parce que la fouille bien effectuée à l’aide d’un chien renifleur a un caractère « peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable » (*Chehil*, par. 28). Bref, nous avons jugé acceptable le compromis entre le droit à la vie privée et la sécurité.

[87] La valeur des facteurs invoqués par les agents de police sera évidemment fonction des circonstances de chaque affaire. Par exemple, dans *Chehil*, selon les agents de police (dont le témoignage n’a

constellation had been proven to be drug couriers” (para. 64 (emphasis added)). Here, by contrast, we do not have evidence that *most* people who match the factors identified by the police with respect to the appellant have proven to be drug couriers. Rather, what we have is uncontradicted evidence that the factors relied on were “commonly” exhibited, “seen in [previous] investigations”, and “experienced in the past” by individuals found to be involved in a drug-related offence (A.R., vol. II, at pp. 10-11).

[88] That, however, does not amount to a material evidentiary distinction between these two cases. As *Chehil* makes clear, the police need not have evidence indicative of a reasonable *probability* of finding drugs under a reasonable suspicion standard. In my respectful view, to require more would render the distinction between reasonable and probable grounds and reasonable suspicion all but illusory.

[89] The appellant has not challenged Levi’s accuracy or reliability (*voir dire* reasons, at para. 37). And absent any other argument that the search was carried out in an unreasonable manner, the sniff search was thus lawful.

D. *The Arrest and Search Incident to Arrest*

[90] The appellant appears to concede that, after the dog’s positive alert and considering the totality of the circumstances, the officers had reasonable and probable grounds to proceed with a warrantless arrest and search incident to it (*Kang-Brown*, at para. 200, *per* Deschamps J.; *Chehil*, at para. 55). Accordingly, I need not say more about this.

VI. Conclusion

[91] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the police had reasonable suspicion that the appellant was involved in a drug-related offence

pas été contredit) il s’était avéré que « la plupart des gens réunissant cet ensemble de facteurs sont des passeurs de drogue » (par. 64 (je souligne)). Au contraire, en l’espèce, nous ne disposons d’aucun élément de preuve indiquant que *la plupart* des personnes qui sont visées par les facteurs que les agents de police ont attribués à l’appelant se sont révélées être des passeurs de drogues. Nous disposons plutôt du témoignage non contredit selon lequel les facteurs invoqués étaient [TRADUCTION] « courants » et avaient été « constaté[s] dans le cadre d’enquêtes [antérieures] », et « démontrés » par des personnes impliquées dans des infractions liées à la drogue (d.a., vol. II, p. 10-11).

[88] Cette divergence entre les deux affaires sur le plan de la preuve n’est cependant pas significative. Comme il est indiqué clairement dans *Chehil*, les policiers n’ont pas besoin d’éléments de preuve indiquant la *probabilité* raisonnable de découvrir de la drogue pour qu’il soit satisfait à la norme des soupçons raisonnables. J’estime en toute déférence qu’exiger davantage rendrait illusoire la distinction entre les motifs raisonnables et probables et les soupçons raisonnables.

[89] L’appelant ne conteste pas la fiabilité de Levi (motifs du voir-dire, par. 37). En l’absence de tout autre argument portant qu’elle a été menée de manière abusive, la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur était donc légale.

D. *L’arrestation et la fouille accessoire à l’arrestation*

[90] L’appelant paraît admettre que, suivant l’indication donnée par le chien et compte tenu de l’ensemble des circonstances, les agents avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation sans mandat et à la fouille accessoire (*Kang-Brown*, par. 200, la juge Deschamps; *Chehil*, par. 55). Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’en dire davantage.

VI. Conclusion

[91] Pour ces motifs, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant

such that they could enlist Levi to perform a sniff search of the appellant's vehicle. The appellant's s. 8 privacy rights were not breached and the marihuana seized from the rear hatch of his car was thus admissible at trial.

[92] I would therefore dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

[93] I have read the reasons of my colleague, Moldaver J. With great respect, I cannot agree with his conclusion.

[94] I agree with Justice Moldaver that the principal question in this appeal is whether the police had reasonable suspicion that the appellant was involved in a drug-related offence. Unlike my colleague, however, I am of the opinion that the police lacked the requisite reasonable suspicion to conduct the dog-sniff search in this case. Specifically, the police lacked objective grounds on which to justify deploying a sniffer dog to search the appellant's vehicle. The trial judge committed neither an error of law nor a palpable and overriding error of fact. Therefore, the Court of Appeal had no basis on which to interfere with his conclusion. Ultimately, the constellation of factors available to the police was insufficient to ground reasonable suspicion, and the appellant's *Charter* rights were breached as a result. I would allow the appeal and reinstate the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

d'une infraction liée à la drogue, de sorte qu'ils pouvaient faire appel à Levi pour effectuer la fouille du véhicule. Il n'a pas été porté atteinte au droit de l'appelant à la vie privée conféré par l'art. 8, et la marihuana découverte dans le coffre de sa voiture et saisie était donc admissible au procès.

[92] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

[93] J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Moldaver. En toute déférence, je ne puis souscrire à sa conclusion.

[94] Je partage l'avis du juge Moldaver selon lequel la principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner l'appelant d'une infraction liée à la drogue. Toutefois, contrairement à mon collègue, je suis d'avis qu'ils n'avaient pas les soupçons raisonnables requis pour effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce. En particulier, les policiers ne pouvaient justifier par un motif objectif la fouille du véhicule de l'appelant au moyen d'un tel chien. Le juge de première instance n'a commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste et dominante de fait. Par conséquent, la Cour d'appel n'avait aucune raison d'annuler sa conclusion. En fin de compte, l'ensemble de facteurs dont disposaient les policiers ne suffisait pas pour justifier les soupçons raisonnables; par conséquent, les droits que la *Charte* garantit à l'appelant ont été violés. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision d'écartier la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* rendue en première instance.

II. Analysis

[95] The relatively low standard of reasonable suspicion, which allows police officers considerable latitude, increases the need for careful review of police action:

. . . where the citizen’s only protection against unlawful searches by police dogs is after-the-fact scrutiny of the stated grounds of “reasonable suspicion”, it is important that the after-the-fact judicial scrutiny be conducted with serious diligence and rigour.

(*R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at para. 97, per Binnie J.)

[96] Rigorous judicial scrutiny of dog-sniff searches remains a vital part of the balance struck under s. 8 of the *Charter* between the need for effective law enforcement and the protection of the public’s privacy rights. Some, like my colleague, worry that the police will be unduly burdened by having their activities minutely scrutinized by the courts. Without question, the police must be allowed to carry out their duties, and the reasonable suspicion standard acknowledges that innocent people may sometimes be reasonably suspected of a crime. Nevertheless, courts must remain vigilant and not shirk their role in evaluating police action for *Charter* compliance, particularly where the only effective check on that action is after-the-fact independent judicial assessment. Possession of illegal drugs is a serious matter, but so is the public’s constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure.

[97] The police cannot simply draw on their experience in the field to create broad categories of “suspicious” behaviour into which almost anyone could fall. Such an approach risks transforming the already flexible standard of reasonable suspicion into the “generalized” suspicion standard that a majority of this Court rejected in *Kang-Brown*. In

II. Analyse

[95] La norme relativement peu élevée des soupçons raisonnables confère aux policiers une latitude considérable. Sa nature accentue alors l’importance d’un contrôle serré des interventions policières :

. . . lorsque la seule protection dont un citoyen bénéficie contre les fouilles abusives effectuées à l’aide d’un chien policier est un examen après le fait des motifs invoqués à l’appui des « soupçons raisonnables », il importe que les tribunaux effectuent cet examen d’une manière très diligente et rigoureuse.

(*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 97, le juge Binnie)

[96] L’examen rigoureux par les tribunaux des fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs demeure un élément essentiel de l’équilibre, établi au regard de l’art. 8 de la *Charte*, entre la nécessité de l’application efficace de la loi et celle de la protection du droit à la vie privée. À l’instar de mon collègue, certains craignent qu’on impose aux policiers un fardeau excessif en demandant aux tribunaux de passer leurs activités au crible. Assurément, il faut permettre aux policiers d’exercer leurs fonctions. L’acceptation de la norme des soupçons raisonnables crée la possibilité que des personnes innocentes soient parfois raisonnablement soupçonnées d’un crime. Néanmoins, les tribunaux doivent demeurer vigilants et ne pas abdiquer leur fonction de vérification de la conformité à la *Charte* de l’action policière, particulièrement lorsque le seul moyen efficace de surveiller cette dernière se limite à une appréciation judiciaire indépendante effectuée après coup. La possession de drogues illicites constitue une question sérieuse, mais le droit constitutionnel du public à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives possède au moins autant d’importance.

[97] Les policiers ne peuvent pas se contenter de se fonder sur leur expérience pratique de l’action policière pour établir de larges catégories de comportements « suspects » susceptibles de s’appliquer à presque n’importe qui. On risque ainsi de substituer à la norme souple des soupçons raisonnables celle des soupçons « généraux » rejetée par

order to uphold and reinforce privacy rights, courts must not fail to hold police accountable when they stray from the proper exercise of their power and draw broad inferences of criminality without specific, individualized suspicion that can be objectively assessed. The constellation of facts grounding reasonable suspicion must be “based in the evidence, tied to the individual, and capable of supporting a logical inference of criminal behaviour” (*R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at para. 46).

A. *The Trial Judge Did Not Err in Applying the Reasonable Suspicion Standard With Regard to Cst. Sperlie’s Training and Experience*

[98] Justice Moldaver agrees with the Court of Appeal’s finding that the trial judge “failed *as a matter of law* to appreciate the significance of [Cst. Sperlie’s] training and experience when evaluating the worth of the factors he considered in forming his belief that the appellant might be involved in an offence under the *CDSA*” (para. 60). As a result, my colleague concludes that the trial judge incorrectly applied the law to the facts, thereby committing an error of law.

[99] I disagree with this conclusion. The trial judge understood the reasonable suspicion standard. As the Court of Appeal rightly found, the trial judge “committed no error of law with respect to the legal meaning of the concept of reasonable suspicion itself” (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, at para. 24). Nothing in the trial judge’s reasons indicates that he did not know that the experience and training of police officers is an important consideration. A judge is assumed to know the law. No one disputes that the reasonable suspicion determination must be made from the perspective of a reasonable person standing in the shoes of the investigating officer. It is clear from the trial judge’s reasons that he appreciated the legal significance of an officer’s training and experience in the context of the reasonable suspicion standard.

les juges majoritaires de la Cour dans *Kang-Brown*. Pour faire respecter et pour promouvoir le droit à la vie privée, les tribunaux ne doivent pas hésiter à demander des comptes aux policiers lorsqu’ils n’exercent pas correctement leur pouvoir et tirent des conclusions générales relatives à la criminalité sans soupçons précis et particuliers appréciables objectivement. L’ensemble des faits justifiant les soupçons raisonnables doit « reposer sur la preuve, être lié au suspect et pouvoir étayer une inférence logique quant à l’existence d’un comportement criminel » (*R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 46).

A. *Le juge de première instance a bien appliqué la norme des soupçons raisonnables à la lumière de la formation et de l’expérience de l’agent Sperlie*

[98] Le juge Moldaver est d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge de première instance « avait commis une *erreur de droit* en négligeant la formation et l’expérience de l’agent Sperlie lorsqu’il a évalué les facteurs ayant amené ce dernier à croire à la possibilité d’une infraction à la *LRCIDAS* » (par. 60). En conséquence, mon collègue conclut que le juge de première instance a incorrectement appliqué la règle de droit aux faits et a ainsi commis une erreur de droit.

[99] Je ne partage pas cette conclusion. Le juge de première instance avait bien compris la norme des soupçons raisonnables. Comme le conclut à juste titre la Cour d’appel, le juge [TRADUCTION] « n’a commis aucune erreur de droit sur le sens juridique à donner à la notion même de soupçons raisonnables » (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, par. 24). Rien dans les motifs du juge n’indique qu’il ignorait que l’expérience et la formation des policiers constituaient une considération importante. Tout juge est réputé connaître le droit. Nul ne conteste que l’existence des soupçons raisonnables doit être appréciée du point de vue d’une personne raisonnable mise à la place de l’enquêteur. Il ressort des motifs du juge qu’il comprenait l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience d’un policier dans le contexte de la norme des soupçons raisonnables.

[100] The trial judge explicitly discussed the evidence regarding Cst. Sperlie’s training, mentioning that the officer had taken RCMP courses, including “a course to enable him to spot persons transporting illegal drugs” (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, at para. 6). The trial judge also noted that, in Cst. Sperlie’s experienced opinion, nervousness increases during traffic stops with people who are transporting drugs, and Calgary is a well-known source of drugs (para. 7). In addition, the transcript of the *voir dire* reveals that the trial judge was sensitive to the legal relevance of an officer’s training and experience when assessing the objective grounds for reasonable suspicion (A.R., vol. II, at p. 88):

[DEFENCE COUNSEL]: And I think that’s what this case is, especially when you read *Mann* in conjunction with *Nguyen* and *Harris* out of our Court of Appeal, this is mere hunches and intuition. This isn’t something that, you know, that we can really get our teeth on and say well this is objective findings of reasonable grounds.

I’m going to go — for instance, sweat, excessive pulsating carotid, I don’t even know what that is. I mean — I mean I don’t think that’s a grounds — or provides —

THE COURT: Yeah, but you are not a trained police officer.

[DEFENCE COUNSEL]: Pardon me?

THE COURT: You are not a trained police officer. [Emphasis added.]

[101] The Court of Appeal asserted that the trial judge “does not question the constable’s training” (para. 30), yet the trial judge did in fact do just that, writing: “When Cst. Sperl[i]e was cross-examined, he admitted that he had never been qualified as an expert. He also stated he had never taken any classes in physiology but, as noted above, had been trained by other R.C.M.P. officers” (para. 9 (emphasis added)).

[100] Le juge de première instance a explicitement tenu compte de la formation de l’agent Sperlie, mentionnant que le policier avait suivi des cours offerts par la GRC, y compris [TRADUCTION] « un cours pour lui permettre de repérer les personnes qui transportent de la drogue illicite » (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, par. 6). Le juge de première instance a également noté que, d’après l’expérience de l’agent Sperlie, les personnes qui transportent de la drogue démontrent une nervosité croissante durant le contrôle routier, et Calgary constitue une source de drogue bien connue (par. 7). En outre, il ressort de la transcription du voir-dire que le juge reconnaissait l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience d’un policier, lorsqu’il s’agissait de déterminer si des motifs objectifs étayaient les soupçons raisonnables de ce dernier (d.a., vol. II, p. 88) :

[TRADUCTION]

[AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Et je crois que c’est le cas ici, surtout si on lit *Mann* en parallèle avec *Nguyen* et *Harris* de la Cour d’appel, il ne s’agit que d’intuitions. Ce n’est pas quelque chose que l’on peut vraiment cerner, vous savez, et dire, eh bien, voilà des conclusions objectives quant à l’existence de motifs raisonnables.

Je vais aller — par exemple, la sueur, la pulsation excessive de la carotide, je ne sais même pas ce que c’est. Je veux dire — je veux dire, je ne pense pas que ce soit un motif — ou fournit —

LA COUR : Oui, mais vous n’avez pas une formation de policier.

[AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Je vous demande pardon?

LA COUR : Vous n’avez pas une formation de policier. [Je souligne.]

[101] Selon la Cour d’appel, le juge de première instance [TRADUCTION] « ne remet pas en question la formation de l’agent » (par. 30). Pourtant, c’est exactement ce qu’il fait lorsqu’il écrit : [TRADUCTION] « Lorsque l’agent Sperl[i]e a été contre-interrogé, il a admis n’avoir jamais été agréé comme expert. Il a également affirmé n’avoir jamais étudié la physiologie, mais, comme nous l’avons vu, il avait été formé par d’autres agents de la GRC » (par. 9 (je souligne)).

[102] My colleague writes that Cst. Sperlie was not “seriously challenged in cross-examination about his training and experience as a police officer or the factors used by the police to detect the behavioural characteristics and practices of drug users and traffickers” (para. 16). However, I note that Cst. Sperlie was cross-examined for nearly five pages of the *voir dire* transcript on his RCMP training, his academic background in science, anatomy, physiology and endocrinology, his years of experience in the drug section of the RCMP as well as in traffic services, and his knowledge of drug trafficking. In particular, Cst. Sperlie conceded on cross-examination that he was not qualified as a drug recognition expert, drug recognition being the ability to evaluate whether a person’s physical symptoms are indicative of drug use. The trial judge had sufficient evidence on which to base his assessment of the legal significance of Cst. Sperlie’s training and experience, or lack thereof.

[103] Even while undertaking its objective assessment from an officer’s perspective, a court should not show that officer’s testimony any particular deference:

An officer’s training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer’s experience will suffice, or that deference is owed to a police officer’s view of the circumstances based on her training or experience in the field: see *Payette*, [2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289,] at para. 25. A police officer’s educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard. [Emphasis added.]

(*Chehil*, at para. 47)

[104] The risks of attaching excessive weight to police testimony have long been recognized in the jurisprudence. In *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 840, for example, Dickson J. (as

[102] De l’avis de mon collègue, l’agent Sperlie n’avait « pas subi de contre-interrogatoire serré au sujet de sa formation et de son expérience comme agent de police ni au sujet des facteurs permettant à la police de détecter les caractéristiques liées au comportement et les pratiques propres aux consommateurs et aux trafiquants de drogue » (par. 16). Toutefois, je constate que l’agent Sperlie, lors du voir-dire, a été l’objet d’un contre-interrogatoire — dont la transcription remplit presque cinq pages — à propos de son entraînement à la GRC, de sa formation scolaire en science, en anatomie, en physiologie et en endocrinologie, de ses années d’expérience dans l’unité antidrogue de la GRC ainsi que dans les services de la circulation et de ses connaissances en matière de trafic de drogue. En particulier, l’agent Sperlie a reconnu lors du contre-interrogatoire ne pas être agréé comme expert en reconnaissance de drogue, c’est-à-dire apte à déterminer quels symptômes physiques révèlent une consommation de drogues. Le juge de première instance disposait d’assez d’éléments de preuve pour apprécier l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience de l’agent Sperlie — ou de son manque de formation et d’expérience.

[103] Même en appréciant objectivement le point de vue du policier, le tribunal ne doit pas faire particulièrement preuve de déférence à l’égard du témoignage de ce dernier :

La formation et l’expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu’empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s’ensuit pas que l’intuition fondée sur l’expérience du policier suffira ou que son point de vue sur les circonstances commandera la déférence (voir *Payette*, [2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289,] par. 25). Une supposition éclairée ne saurait supplanter l’examen rigoureux et indépendant qu’exige la norme des soupçons raisonnables. [Je souligne.]

(*Chehil*, par. 47)

[104] La jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu’il est risqué d’accorder trop d’importance au témoignage des policiers. Par exemple, dans *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 840, le

he then was) advised that “there may be a tendency for judges and juries to let the opinion of police witnesses overwhelm the opinion evidence of other witnesses”.

[105] The danger of placing undue emphasis on an officer’s testimony is that a court may inadvertently subvert the objective component of the reasonable suspicion standard. Although an officer’s testimony must be weighed with an appreciation of that officer’s specific training and experience, courts must also “be prepared to look carefully at what is held out to be ‘experience’ or ‘training’ in order to ensure that the integrity of the reasonable suspicion concept is maintained” (*R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, at para. 53). Officer training and experience should never serve as a proxy for an objective assessment of the constellation of factors giving rise to reasonable suspicion.

[106] There is no indication in the trial judge’s reasons that he disregarded the training and experience that informed Cst. Sperlie’s professional opinion. The Court of Appeal erred by substituting its decision for that of the trial judge when the trial judge had committed neither an error of law in failing to appreciate the legal significance of the officer’s training and experience nor an overriding error of fact in evaluating that training and experience.

B. *Cst. Sperlie’s Credibility*

[107] In his reasons, the trial judge signalled his concerns regarding Cst. Sperlie’s credibility as follows:

. . . it must be pointed out that both Cst. Warner and Cst. Sperl[i]e were from northern Saskatchewan and they claim to have been on routine traffic patrol with a “sniff dog” in the southern part of the province. The posted speed limit where the car was travelling was 110 km per hour. The radar clocked the accused as travelling at 112 km per hour which is only two km over the speed limit. I have a concern that the two officers may have been in the area with the purpose of conducting random traffic stops for the sole purpose of checking for drugs

juge Dickson (plus tard Juge en chef) signale qu’« il se peut que les juges et les jurys aient tendance à laisser l’opinion des policiers prévaloir sur les témoignages d’opinion d’autres témoins ».

[105] En accordant trop de crédit au témoignage d’un policier, le tribunal risque de compromettre par inadvertance l’élément objectif de la norme des soupçons raisonnables. Bien que le témoignage d’un policier doive être apprécié à la lumière de sa formation et de son expérience, le tribunal doit également être [TRADUCTION] « disposé à examiner soigneusement ce que l’on tient pour être de “l’expérience” ou de “la formation” pour garantir l’intégrité de la notion de soupçons raisonnables » (*R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, par. 53). Les juges ne sauraient traiter la formation et l’expérience d’un policier comme un substitut à une appréciation objective de l’ensemble des facteurs qui auraient donné naissance aux soupçons raisonnables.

[106] À la lecture de ses motifs, rien n’indique que le juge de première instance ait ignoré la formation et l’expérience qui ont éclairé l’opinion professionnelle de l’agent Sperlie. Ainsi, la Cour d’appel a eu tort de substituer sa décision à celle du premier, alors qu’il n’avait pas commis d’erreur de droit en négligeant l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience du policier, ni d’erreur de fait dominante dans son évaluation de ces deux éléments.

B. *La crédibilité de l’agent Sperlie*

[107] Dans ses motifs, le juge de première instance a exposé en ces termes ses réserves au sujet de la crédibilité de l’agent Sperlie :

[TRADUCTION] . . . il faut souligner que les agents Warner et Sperl[i]e, tous deux du Nord de la Saskatchewan, affirmaient se trouver en patrouille de routine de la circulation avec un « chien renifleur » dans le Sud de la province. La limite permise dans la zone était de 110 km/h. Le radar indiquait que la voiture de l’accusé roulait à 112 km/h, soit à peine 2 km/h de plus que la limite permise. Je crains que les deux agents se soient trouvés dans le secteur à seule fin d’effectuer des contrôles routiers aléatoires pour intercepter le passage de

being transported from west to east which, according to Cst. Sperlie, is a common occurrence. It is therefore quite conceivable that the observations of the accused claimed to have been noticed by Cst. Sperlie were enhanced after the drugs were located.

When I consider all of the facts in this case, I can only conclude that the search performed by the officers was unreasonable. [paras. 47-48]

[108] I agree with Moldaver J. that the trial judge's credibility concerns did not lead him to find that Cst. Sperlie lacked a subjective belief that the appellant might be involved in a drug-related offence. The trial judge did not reject the entirety of Cst. Sperlie's testimony as not credible, although he did find that the officer's subjective belief was a relatively weak one: ". . . at best he was acting on a hunch" (para. 47 (emphasis added)).

[109] The trial judge could undoubtedly have articulated his credibility findings more explicitly and extensively. Yet, as this Court noted in *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 26: "Where a case turns largely on determinations of credibility, the sufficiency of the reasons should be considered in light of the deference afforded to trial judges on credibility findings." It is true, as my colleague points out, that the trial judge did not discuss Cst. Sperlie's explanation as to why he was on traffic duty in that location. However, reasons "should not be read, as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge" (*R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at p. 525). A trial judge is not required to list or discuss "all of the evidence bearing on the issues before the court" (*R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, at para. 39).

[110] As the trial judge in this case made no palpable and overriding error in assessing Cst. Sperlie's credibility, considerable deference is owed to his assessment (*R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1

la drogue d'ouest en est, un phénomène fréquent selon l'agent Sperlie. Il est donc tout à fait concevable que les observations de l'agent Sperlie à propos du comportement de l'accusé aient été amplifiées après la découverte de la drogue.

Compte tenu de tous les faits de l'espèce, il me faut conclure que la fouille effectuée par les policiers était abusive. [par. 47-48]

[108] Je crois, comme le juge Moldaver, que les réserves du juge de première instance relatives à la crédibilité ne l'ont pas amené à conclure à l'absence de croyance subjective de la part de l'agent Sperlie quant à la possibilité que l'appelant soit impliqué dans une infraction liée à la drogue. Le juge de première instance n'a pas considéré la totalité du témoignage de l'agent comme étant non crédible, même si, à ses yeux, la croyance subjective de ce dernier se fondait sur relativement peu de choses : [TRADUCTION] « . . . au mieux, il se fiait à son intuition » (par. 47 (je souligne)).

[109] Le juge de première instance aurait indubitablement pu préciser et étoffer ses conclusions relatives à la crédibilité. Pourtant, comme la Cour le souligne dans *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 26 : « Dans un litige dont l'issue est en grande partie liée à la crédibilité, on tiendra compte de la déférence due aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance pour déterminer s'il a suffisamment motivé sa décision. » Certes, comme le signale mon collègue, le juge de première instance n'a pas analysé la raison avancée par l'agent Sperlie pour expliquer pourquoi il avait été affecté au contrôle routier à cet endroit. Toutefois, les motifs [TRADUCTION] « ne traduisent pas intégralement le raisonnement du juge » (*R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 525). Il n'est pas tenu d'énumérer ou d'analyser [TRADUCTION] « chaque élément de preuve présenté à l'égard des questions dont il est saisi » (*R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, par. 39).

[110] Puisque le juge de première instance n'a commis en l'espèce aucune erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la crédibilité de l'agent Sperlie, sa conclusion commande une

S.C.R. 621, at para. 10). Even though he found that Cst. Sperlie had a sincerely held *subjective* belief, the trial judge's credibility concerns should not be discounted as irrelevant to the determination of whether Cst. Sperlie had *objective* grounds on which to base his suspicion. Such concerns, even if they do not result in the wholesale rejection of a witness's testimony, may properly inform the assessment of the probative value of the evidence. Thus, while the trial judge in this case did not make an adverse finding of credibility in the sense of discarding the entirety of Cst. Sperlie's evidence as unbelievable, he appropriately drew his conclusion regarding the *overall* reasonableness of Cst. Sperlie's suspicion in light of his concern that the officer may have been "enhanc[ing]" his observations of the accused's appearance and demeanour (see paras. 47-48 of the trial judge's reasons).

[111] In sum, the objective analysis of reasonable suspicion is often largely dependent on a police officer's personal observations. Credibility is therefore pertinent not only to the officer's subjective belief; it also affects the "reasonableness" of the officer's suspicion. As a result, an appellate court should keep a trial judge's credibility concerns in mind when undertaking its assessment of whether an officer had objective grounds on which to base his suspicion.

C. *Cst. Sperlie's Subjective Belief Was Not Objectively Reasonable*

[112] An objective basis for reasonable suspicion has not been made out in this case. In the words of Karakatsanis J. in *Chehil*, the constellation of objective facts is not "capable of supporting a logical inference of criminal behaviour" (para. 46). I conclude that Cst. Sperlie's speculation, or hunch, was not equivalent to reasonable suspicion.

grande déférence (*R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 10). Même si, selon le juge, le policier avait une croyance *subjective* sincère, il faut se garder de conclure que les réserves relatives à la crédibilité n'étaient pas pertinentes pour trancher la question de savoir si les soupçons du policier se fondaient sur des raisons *objectives*. De telles réserves, si elles ne se traduisent pas par le rejet en bloc d'un témoignage, permettent néanmoins d'en déterminer la valeur probante. Ainsi, bien que le juge n'ait pas tiré de conclusion défavorable sur la crédibilité — en ce sens où il n'a pas rejeté la totalité du témoignage de l'agent Sperlie comme étant non digne de foi —, c'est à bon droit qu'il s'est prononcé sur le caractère raisonnable *global* des soupçons de l'agent Sperlie, à la lumière de ses réserves quant à la possibilité que le policier ait [TRADUCTION] « amplifié » ses observations à propos de l'apparence et du comportement de l'accusé (voir par. 47-48 des motifs du juge de première instance).

[111] En somme, l'analyse objective des soupçons raisonnables est souvent subordonnée, en grande partie, aux observations personnelles du policier. La crédibilité n'est donc pas seulement pertinente pour évaluer la croyance subjective du policier; elle a également une incidence sur le « caractère raisonnable » de ses soupçons. Par conséquent, la cour d'appel doit tenir compte des réserves du juge de première instance sur la crédibilité lorsqu'elle détermine si des motifs objectifs étayaient les soupçons du policier.

C. *La croyance subjective de l'agent Sperlie n'était pas objectivement raisonnable*

[112] En l'espèce, l'existence de motifs objectifs justifiant les soupçons raisonnables n'est pas établie. Pour reprendre les propos de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Chehil*, l'ensemble de faits objectifs ne peut « étayer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel » (par. 46). Je conclus que les conjectures — ou l'intuition — de l'agent Sperlie n'équivalaient pas à des soupçons raisonnables.

[113] Cst. Sperlie's testimony in this case focused in large part on the appellant's appearance and demeanour. More specifically, he testified that the appellant was extremely nervous when pulled over by police, with shaky hands, sweat on his forehead, rapid breathing, and a pulsing carotid artery. He described the appellant as having pinkish-coloured eyes, and he testified that the appellant's high level of nervousness continued unabated throughout the traffic stop.

[114] The constellation of factors also included the fact that the appellant, who was speeding slightly, slowed his vehicle suddenly when the police radar unit came into view and pulled over to the side of the road without having been instructed to do so by the police. He was travelling on the Trans-Canada Highway from Calgary to Regina, on a quick turnaround trip, and he initially said he had gone to Calgary on Monday instead of Sunday. When the officers checked their database, they found that the appellant had no criminal record.

[115] As discussed above, Cst. Sperlie lacked training in relevant fields such as physiology and anatomy, training that provides scientific tools to accurately assess which physical symptoms indicate drug use. While Cst. Sperlie had attended a half-day lecture on types of drugs and their effects on the human body, in which he had learned that marijuana use may cause pink eye colouration and muscle tremors, he admitted in cross-examination that he was not qualified as a drug recognition expert. He also did not appear to know whether the pulsing he had observed was in the appellant's exterior or interior carotid artery.

[116] Although it is not necessary for officers to be qualified experts in order for their training and experience to be taken into account, courts must be careful not to put too much stock in an officer's knowledge of scientific and technical matters such as recognizing symptoms of drug use if an officer has received little relevant training (*Yeh*, at paras. 56-57).

[113] La déposition de l'agent Sperlie portait en grande partie sur l'apparence et le comportement de l'appelant. Plus particulièrement, à ses dires, l'appelant présentait une nervosité extrême lorsqu'il a été intercepté par les policiers, ses mains tremblaient, la sueur perlait sur son front, sa respiration était rapide et son artère carotide battait. Selon le policier, les yeux de l'appelant étaient teintés de rose, et la grande nervosité de ce dernier n'avait pas diminué au cours du contrôle routier.

[114] À l'ensemble de facteurs s'ajoutait le fait que l'appelant, qui roulait un peu plus vite que la limite permise, a ralenti soudainement lorsqu'il a aperçu la voiture de police munie d'un radar et s'est garé le long de la route de son propre chef. Il roulait sur la Transcanadienne de Calgary à Regina, effectuant un bref aller-retour, et a commencé par affirmer qu'il s'était rendu à Calgary le lundi, alors que c'était plutôt le dimanche. D'après la base de données policière, l'appelant n'avait aucun casier judiciaire.

[115] Comme nous l'avons vu, l'agent Sperlie ne possédait aucune formation scientifique dans des domaines pertinents, comme la physiologie et l'anatomie, permettant de déceler avec exactitude les symptômes physiques de la consommation de drogue. Si l'agent Sperlie avait assisté à un exposé d'une demi-journée sur les types de drogue et leurs effets sur le corps humain, où il avait appris que la consommation de marijuana était susceptible de causer une coloration rosée de l'œil et des tremblements musculaires, il a cependant admis en contre-interrogatoire ne pas être agréé comme expert en reconnaissance de drogue. Il ne semblait pas non plus savoir si le pouls qu'il avait observé chez l'appelant battait dans sa carotide externe ou interne.

[116] Même s'il n'est pas nécessaire qu'un policier soit un expert agréé pour que sa formation et son expérience soient prises en compte, le tribunal doit se garder d'accorder un poids indu aux connaissances scientifiques ou techniques de ce dernier, comme la reconnaissance des symptômes de consommation de drogue, si celui-ci a reçu peu de formation pertinente (*Yeh*, par. 56-57).

[117] In addition, Cst. Sperlie knew that the appellant was asthmatic, since the appellant asked to use his inhaler. This fact could well account for the appellant's shortness of breath. Exculpatory, neutral and equivocal factors form part of the constellation of relevant factors under the reasonable suspicion standard and cannot be disregarded by either the police or the court (*Chehil*, at para. 33).

[118] Cst. Sperlie testified that after using the inhaler, the appellant remained suspiciously short of breath, but he conceded under cross-examination that he did not know precisely what type of medication the appellant had used. Moreover, Cst. Sperlie had no medical training on which to base a diagnosis of how the inhaler would normally affect the appellant's breathing.

[119] With regard to the sweat on the appellant's forehead, defence counsel presented evidence that an Environment Canada weather report put the temperature two hours before the time of the traffic stop at 27 degrees Celsius. The Crown did not submit evidence to the contrary, apart from Cst. Sperlie's testimony that he did not think that was the actual temperature at the time.

[120] As part of his training, Cst. Sperlie had attended a week-long "pipeline" course that dealt with indicators of criminal behaviour on the highway, traffic stop scenarios and hidden compartments in vehicles. He testified that, in his experience, drug traffickers frequently make quick turnaround trips between "source" cities and "destination" cities, often remain nervous throughout traffic stops, and may lie about their travel itineraries.

[121] A particular driving route, on its own, is not indicative of suspicious behaviour, particularly when it is the primary route between two major cities. The trial judge noted in his reasons that "[n]o evidence was offered" to support Cst. Sperlie's opinion that Calgary was a "known source of narcotics" and Regina a "known destination of sale"

[117] En outre, l'agent Sperlie savait l'appellant asthmatique, ce dernier lui ayant demandé la permission d'utiliser son inhalateur. Ce fait pouvait très bien expliquer le souffle court de l'appellant. Les facteurs disculpatoires, neutres ou équivoques font partie de l'ensemble dont il faut tenir compte pour l'application de la norme des soupçons raisonnables; ni les policiers ni le tribunal ne sauraient en faire abstraction (*Chehil*, par. 33).

[118] Selon l'agent Sperlie, l'appellant avait toujours le souffle court après avoir utilisé l'inhalateur, ce qui lui paraissait suspect, mais il a concédé en contre-interrogatoire ne pas savoir précisément quel type de médicament l'appellant avait pris. Qui plus est, l'agent ne possédait aucune formation médicale lui permettant de juger de l'effet normal de l'inhalateur sur la respiration de l'appellant.

[119] Pour ce qui est de la sueur au front de l'appellant, l'avocat de la défense a présenté en preuve un rapport d'Environnement Canada selon lequel le mercure avait atteint 27 degrés Celsius deux heures avant le contrôle routier. Le ministère public n'a pas présenté de preuve contraire, à part le témoignage de l'agent Sperlie qui doutait que ce fût la température réelle au moment pertinent.

[120] Dans le cadre de sa formation, l'agent Sperlie avait assisté à un cours d'une semaine relatif aux « lignes d'approvisionnement » traitant des indices de comportement criminel sur les routes, de compartiments secrets dissimulés dans des véhicules et de contrôles routiers. Il a déclaré que, d'après son expérience, les trafiquants de drogue font fréquemment de brefs allers-retours entre une ville « source » et une ville « destination », demeurent souvent nerveux pendant les contrôles routiers et sont susceptibles de mentir au sujet de leur itinéraire.

[121] Un trajet particulier, à lui seul, ne constitue pas un indice de comportement suspect, surtout s'il s'agit de la principale route reliant deux grandes villes. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance dans ses motifs, [TRADUCTION] « [a]ucun élément de preuve n'a été présenté » à l'appui de l'opinion de l'agent Sperlie selon laquelle Calgary

(para. 32). Although this factor should not be completely discarded, it will typically carry little weight.

[122] The fact that the appellant had no criminal record yet remained nervous throughout the stop, something Cst. Sperlie relied upon in deciding to conduct the sniff search, is a factor that may “go both ways” (*Chehil*, at para. 31). On its own, lack of a criminal record cannot support reasonable suspicion; indeed, it may well undermine a reasonable suspicion of criminal activity. While it forms part of the constellation of factors, it is therefore a highly equivocal factor.

[123] Cst. Sperlie testified that he had been involved in over 5,000 traffic stops, close to 150 of which involved controlled drugs and substances. This is certainly evidence of his considerable experience in making traffic stops. However, given that no evidence was presented on Cst. Sperlie’s rate of error, this statistic does not necessarily support the argument that it was reasonable for Cst. Sperlie to draw an inference of illegal drug possession in this instance. Absent an error rate, it is impossible to determine whether this statistic supports or undermines the reasonableness of Cst. Sperlie’s inference.

[124] The police in this case relied on markers that apply broadly to innocent people, or markers only of generalized suspicion (*Chehil*, at para. 31), which were at best highly equivocal: slowing down upon sight of the police and pulling over after speeding; acting highly nervous when confronted by the police; sweating on a warm day; breathing rapidly as an asthmatic; having pinkish eyes; using the primary highway route to make a quick turnaround trip between two major cities; correcting an initial response when asked about travel dates; and lacking a criminal record.

représente une « source connue de stupéfiants » et Regina une « destination connue de vente » (par. 32). Même si ce facteur ne peut être complètement écarté, il aura généralement peu de poids.

[122] La nervosité de l’appelant tout au long du contrôle routier malgré le fait qu’il ne possédait pas de casier judiciaire, qui a incité l’agent Sperlie à effectuer la fouille à l’aide du chien renifleur, constitue un facteur qui peut jouer « dans les deux sens » (*Chehil*, par. 31). À elle seule, l’absence de casier judiciaire ne saurait justifier des soupçons raisonnables d’activité criminelle; de fait, elle peut même les dissiper. Même si elle fait partie de l’ensemble des facteurs, il s’agit donc d’un élément très équivoque.

[123] L’agent Sperlie a affirmé avoir pris part à plus de 5 000 contrôles routiers, dont près de 150 ont permis de découvrir de la drogue ou d’autres substances réglementées. Il s’agit là, certainement, d’une preuve de son expérience considérable des contrôles routiers. Toutefois, puisqu’aucune preuve n’a été présentée relativement au taux d’erreur de l’agent Sperlie, cette statistique n’appuie pas nécessairement l’argument selon lequel il pouvait raisonnablement conclure à la possession illégale de drogue dans ce cas. Sans renseignement sur le taux d’erreur, cette statistique ne permet pas de déterminer si les inférences de l’agent Sperlie étaient raisonnables ou non.

[124] En l’espèce, les policiers ont invoqué des caractéristiques applicables globalement aux personnes innocentes, c’est-à-dire des caractéristiques qui ne donnent naissance qu’à des soupçons généraux (*Chehil*, par. 31), pour le moins équivoques : ralentir à la vue des policiers et se garer au bord de la route après un excès de vitesse; faire preuve d’une grande nervosité en présence des policiers; transpirer par temps chaud; respirer rapidement pour un asthmatique; avoir les yeux teintés de rose; emprunter la principale route reliant deux grandes villes pour effectuer un bref aller-retour; se reprendre après avoir été interrogé sur ses dates de déplacement; ne pas avoir de casier judiciaire.

[125] As Karakatsanis J. states in *Chehil*, “[t]he more general the constellation relied on by the police, the more there will be a need for specific evidence regarding police experience and training” (para. 47).

[126] Therefore, taking into account the officer’s training and experience, the totality of the circumstances, including neutral and equivocal factors, and showing due deference to the trial judge’s credibility concerns with regard to the officer’s observations, I conclude that the collective significance of these factors is not capable of supporting a logical inference of criminal behaviour.

[127] I use the word “collective” here because an assessment of the objective grounds for reasonable suspicion requires a global review of the constellation of factors in light of “the totality of the circumstances” (*Chehil*, at paras. 29 and 33). A court must step back and analyze the factors as a whole. In the instant case, weaknesses in respect of a number of key factors included in the relevant constellation diminish the *overall* reasonableness of the officer’s suspicion.

[128] When viewed collectively, the factors do not support a finding that the police had objective grounds for reasonable suspicion when they conducted the warrantless dog-sniff search of the appellant’s vehicle. The search violated the appellant’s rights under s. 8 of the *Charter*. As Moldaver J. rightly points out, the search and the post-traffic-stop detention of the appellant “sink or swim” together (para. 37). As a result, the appellant’s s. 9 *Charter* rights were also violated.

III. Remedy

[129] Based on the breach of the appellant’s rights, the trial judge excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. I would uphold the trial judge’s ruling.

[125] Comme l’affirme ma collègue, la juge Karakatsanis, dans *Chehil*, « [p]lus [l’ensemble des facteurs circonscrit par la police] est général, plus il faudra fournir une preuve particulière de l’expérience et de la formation policières » (par. 47).

[126] Par conséquent, si je prends en compte la formation et l’expérience du policier ainsi que l’ensemble des circonstances, y compris les facteurs neutres et équivoques, et si je fais preuve de la déférence voulue à l’endroit des réserves relatives à la crédibilité énoncées par le juge de première instance à propos des observations du policier, je conclus que la signification collective de ces facteurs ne permet pas de tirer une inférence logique quant à l’existence d’un comportement criminel.

[127] J’emploie ici le mot « collective », car pour déterminer s’il existe des motifs objectifs d’avoir des soupçons raisonnables il faut procéder à un examen global de l’ensemble des facteurs, à la lumière de « toutes les circonstances » (*Chehil*, par. 29 et 33). Le tribunal doit prendre du recul pour analyser les facteurs dans leur ensemble. En l’espèce, les lacunes grevant plusieurs facteurs clés appartenant à l’ensemble pertinent érodent le caractère raisonnable *global* des soupçons du policier.

[128] Considérés collectivement, les facteurs ne permettent pas de conclure que des motifs objectifs étayaient les soupçons raisonnables des policiers lorsqu’ils ont procédé sans mandat à la fouille du véhicule de l’appelant à l’aide d’un chien renifleur. Cette fouille violait les droits que l’art. 8 de la *Charte* garantit à l’appelant. Comme le souligne à juste titre le juge Moldaver, la fouille et la détention de l’appelant à la suite du contrôle routier doivent « subir le même sort » (par. 37). Il s’ensuit que les droits de l’appelant garantis par l’art. 9 ont été violés eux aussi.

III. Réparation

[129] Concluant qu’il y avait eu atteinte aux droits de l’appelant, le juge de première instance a écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d’avis de confirmer sa décision.

[130] This Court has repeatedly emphasized the high degree of deference that is owed to a trial judge's decision to exclude or admit evidence under s. 24(2): see, e.g., *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 59; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 48. It is not open to an appellate court to reweigh the facts or reassess the evidence in order to substitute its own view on the decision under s. 24(2):

In all cases, it is the task of the trial judge to weigh the various indications [under s. 24(2)]. No overarching rule governs how the balance is to be struck. . . . Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination. [Emphasis added.]

(*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 86)

[131] In the case at bar, however, it is not entirely clear whether the trial judge considered the proper factors, as his reasons with regard to s. 24(2) are cursory. He lists the *Grant* factors but analyzes only one of them. It is therefore appropriate to conduct a full *Grant* analysis here, assessing and balancing the three factors in order to determine whether the admission of evidence resulting from the *Charter* breaches would bring the administration of justice into disrepute.

A. *Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct*

[132] Cst. Sperlie testified that at the time of the traffic stop, in 2006, he did not believe that a dog sniff was considered a search. It is true that at that time the law on whether dog sniffs were searches and on the level of suspicion required to justify a sniff search was in a state of flux. As a result, the infringement of s. 8 of the *Charter* in this case was neither wilful nor flagrant. Nonetheless, when the law is in flux, the police should err on the side of caution. Moreover, Cst. Sperlie must have been aware that his decision to detain the appellant

[130] À maintes reprises, la Cour a souligné le degré élevé de déférence que commande la décision du juge du procès d'écartier ou d'admettre la preuve en application du par. 24(2) : voir, p. ex., *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 59; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 48. Il n'est pas permis à la cour d'appel de soupeser de nouveau les faits ou d'apprécier de nouveau la preuve afin de substituer son propre point de vue à la décision rendue en vertu du par. 24(2) :

C'est toujours au juge du procès qu'il revient de mettre en balance les différents facteurs [pour l'application du par. 24(2)]. Aucune règle prépondérante ne régit cet exercice [. . .] Lorsque le juge a examiné les bons facteurs, les cours d'appel devraient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue. [Je souligne.]

(*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 86)

[131] Toutefois, en l'espèce, il est difficile de déterminer si le juge de première instance a examiné les bons facteurs, puisque ses motifs à l'égard du par. 24(2) sont brefs. Il énumère les facteurs examinés dans *Grant*, mais n'en analyse qu'un seul. En l'espèce, il convient donc de faire une analyse complète fondée sur l'arrêt *Grant*, pour évaluer et soupeser les trois facteurs de manière à déterminer si l'admission de la preuve obtenue par suite des contraventions à la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

A. *Gravité de la conduite attentatoire de l'État*

[132] Dans sa déposition, l'agent Sperlie a affirmé qu'au moment du contrôle routier, en 2006, il ne croyait pas que l'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille. Certes, à l'époque, le droit à cet égard et le degré de soupçons nécessaire pour justifier une telle fouille n'avaient pas cristallisé. Par conséquent, la violation de l'art. 8 de la *Charte* en l'espèce n'était ni volontaire ni flagrante. Néanmoins, lorsque le droit n'est pas fixé, les policiers devraient se montrer prudents. Qui plus est, l'agent Sperlie devait savoir que la *Charte* s'appliquait,

engaged the *Charter*, since Cst. Sperlíe read Mr. MacKenzie his rights from a “*Charter card*” before detaining him on a suspicion of drug possession and then deploying the sniffer dog. The *Charter*-infringing conduct was deliberate, not inadvertent. In my opinion, the conduct was serious.

B. *Impact of the Breach on the Charter-Protected Interests of the Accused*

[133] The appellant’s privacy interest in the contents of his vehicle is lower than the privacy interest attached to the contents of his home. Nonetheless, the public enjoys a reasonable expectation of privacy when travelling down a highway. Although the dog-sniff search impacted the appellant’s *Charter*-protected privacy rights, the impact was moderate, due to the brief and non-intrusive nature of the search. Likewise, the breach of the appellant’s s. 9 rights was of fairly short duration. But an arbitrary detention of any length, including a pat-down by police, has a substantial impact on a person’s *Charter*-protected interests. The cumulative impact of these breaches, while not severe, was more than minimal.

C. *Society’s Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits*

[134] Society’s interest in the adjudication of a case on its merits will almost always weigh in favour of admitting the evidence. The evidence in this case is reliable and relevant to the prosecution. Yet, when assessing society’s interests, one must bear in mind that the focus of s. 24(2) is on the broad impact the admission of the evidence would have on the long-term reputation of the justice system (*Grant*, at para. 70). The considerable latitude afforded to police by the laxer threshold of reasonable suspicion means that evidence obtained by virtue of a *Charter* breach should not be lightly admitted, for fear of undermining the integrity of the justice system. As Binnie J. wrote in *Kang-Brown*, at para. 104:

puisque’il a lu à l’appelant ses droits avant de le détenir sur la foi de soupçons relatifs à la possession de drogue et avant d’utiliser le chien renifleur. La conduite attentatoire était délibérée, et non pas involontaire. À mon avis, elle était grave.

B. *Incidence de l’atteinte aux droits de l’accusé garantis par la Charte*

[133] Le droit de l’appelant au respect de sa vie privée est moindre à l’égard du contenu de son véhicule qu’à l’égard du contenu de sa résidence. Néanmoins, le public jouit d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée lorsqu’il se déplace sur une route. Même si la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur a porté atteinte au droit de l’appelant au respect de la vie privée protégé par la *Charte*, cette atteinte était modérée, vu la brièveté et le caractère non envahissant de la fouille. De même, l’atteinte aux droits garantis à l’appelant par l’art. 9 a été relativement courte. Toutefois, une détention arbitraire, quelle qu’en soit la durée, y compris une fouille sommaire effectuée par un policier, affecte considérablement les droits protégés par la *Charte*. Bien qu’elle n’ait pas été d’importance majeure, l’incidence cumulative de ces violations s’avère significative.

C. *Intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond*

[134] L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond milite presque toujours en faveur de l’utilisation de la preuve. La preuve en l’espèce est fiable et pertinente pour la poursuite. Pourtant, en évaluant les intérêts de la société, il faut se rappeler que le par. 24(2) intéresse les répercussions importantes que l’utilisation d’éléments de preuve est susceptible d’avoir sur la considération à long terme portée au système de justice (*Grant*, par. 70). Parce que le seuil des soupçons raisonnables, moins strict, confère aux policiers une latitude considérable, la preuve obtenue à la suite d’une contravention à la *Charte* ne doit pas être admise à la légère, de crainte de miner l’intégrité du système de justice. Comme l’écrit le juge Binnie dans *Kang-Brown*, par. 104 :

The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence.

[135] In this case, the seriousness of the state conduct supports exclusion. The impact of the breach also favours exclusion, albeit to a lesser degree. The reliability of the evidence and its importance to the Crown's case weigh in favor of admission. In balancing these factors, I agree with the trial judge that the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

IV. Conclusion

[136] For the above reasons, I would allow the appeal and exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and LEBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Richmond Nychuk, Regina.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question.

[135] En l'espèce, la gravité de la conduite de l'État justifie l'exclusion. L'incidence de la violation milite également en faveur de l'exclusion, quoiqu'à un degré moindre. La fiabilité de la preuve et son importance pour le dossier du ministère public font pencher la balance en faveur de l'admission. Toutefois, après avoir soupesé ces facteurs, je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Conclusion

[136] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges LEBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Richmond Nychuk, Regina.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Saskatoon.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia as represented
by the Ministry of Forests** *Appellant*

v.

Teal Cedar Products Ltd. *Respondent*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (FORESTS) v.
TEAL CEDAR PRODUCTS LTD.**

2013 SCC 51

File No.: 34769.

2013: March 21; 2013: October 4.

Present: LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Arbitration — Interest — Expropriation — Province reducing forestry company's allowable annual cut to create park — Forestry company seeking compensation for partial expropriation — Arbitrator awarding forestry company compound interest from date when Province reduced allowable annual cut to date of award — Whether arbitrator could award compound or only simple interest — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 28 — Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79, s. 1.

T, a forestry company, held a licence to harvest in the province of British Columbia a certain amount of timber known as an allowable annual cut. When the Province reduced T's allowable annual cut to create a park, T began legal action against the Province under its *Forest Act*, claiming compensation for partial expropriation. If parties could not agree as to the appropriate compensation, the *Forest Act* provided that the dispute be resolved through arbitration under the *Commercial Arbitration Act* ("CAA"). In this case, the arbitrator awarded T over \$6.3 million, including over \$2.2 million in interest compounded annually from the date when the Province reduced the allowable annual cut to the date of the award. On appeal, the judge upheld the arbitrator's award of compound interest. The Court of Appeal denied the Province's further application

**Sa Majesté la Reine du chef de la province
de la Colombie-Britannique, représentée par
le ministère des Forêts** *Appelante*

c.

Teal Cedar Products Ltd. *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORÊTS) c.
TEAL CEDAR PRODUCTS LTD.**

2013 CSC 51

N° du greffe : 34769.

2013 : 21 mars; 2013 : 4 octobre.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Arbitrage — Intérêts — Expropriation — Réduction par la province de la coupe annuelle autorisée d'une entreprise forestière pour créer un parc — Indemnité demandée par l'entreprise forestière pour l'expropriation partielle — Intérêts composés accordés par l'arbitre à l'entreprise forestière pour la période allant de la date à laquelle la province a réduit la coupe annuelle autorisée jusqu'à celle de la sentence arbitrale — L'arbitre pouvait-il accorder des intérêts composés ou uniquement des intérêts simples? — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 28 — Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79, art. 1.

T, une entreprise forestière, détenait un permis l'autorisant à récolter dans la province de Colombie-Britannique une certaine quantité de bois, ce qu'on appelle une coupe annuelle autorisée. Lorsque la province a réduit la coupe annuelle autorisée de T pour créer un parc, T a intenté contre la province, en vertu de la *Forest Act* de cette dernière, une action en justice dans laquelle elle demandait à être indemnisée pour l'expropriation partielle. Si les parties ne pouvaient pas s'entendre sur l'indemnité appropriée, la *Forest Act* prévoyait que le différend devait être réglé par voie d'arbitrage conformément à la *Commercial Arbitration Act* (« CAA »). En l'espèce, l'arbitre a accordé à T plus de 6,3 millions de dollars, y compris plus de 2,2 millions de dollars en intérêts composés annuellement, pour la période allant de la date à laquelle la province a

for leave to appeal the issue of compound interest pursuant to s. 31 of the *CAA*.

Held: The appeal should be allowed.

Arbitrators operating under s. 28 of the *CAA* cannot award compound interest because s. 1 of the *Court Order Interest Act* (“*COIA*”) requires that a pecuniary court judgment bear simple interest, and only simple interest. While s. 28 of *CAA* does not expressly deem an arbitrator to be a court, this is the necessary implication of stating that a sum directed to be paid by an arbitration award is “a pecuniary judgment of the court”. Given both its ordinary meaning and its legislative history, s. 28 of the *CAA* requires arbitrators to apply the provisions of the *COIA*. There is no doubt that compound interest is a more accurate way of compensating parties for the time-value of money. However, the legislature has not yet amended the *COIA* to remove the prohibition of interest on interest, so simple interest remains the rule in B.C. courts.

Nor can arbitrators include compound interest *in the award itself*. If they could, there would be double recovery since s. 28 of the *CAA* would then operate to add interest on top of an award that already included interest. To the extent that the B.C. Court of Appeal included compound interest as a part of an arbitration award in *McKechnie*, that decision must no longer be considered good law.

While courts presume that legislatures intend to provide full compensation for expropriations, that presumption can be rebutted by statutory provisions that demonstrate legislative intention to the contrary. Section 28 of the *CAA* limits the interest on a sum directed to be paid by an award to simple interest. This limitation reflects legislative intention not to provide for compound interest as an aspect of full compensation in this case.

réduit la coupe annuelle autorisée jusqu’à celle de la sentence. En appel, le juge a confirmé la décision de l’arbitre d’accorder des intérêts composés. La Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel supplémentaire présentée par la province en vertu de l’art. 31 de la *CAA* quant à la question des intérêts composés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les arbitres qui agissent en vertu de l’art. 28 de la *CAA* ne peuvent accorder des intérêts composés, étant donné que l’art. 1 de la *Court Order Interest Act* (« *COIA* ») précise que les condamnations pécuniaires sont majorées uniquement d’intérêts simples. Bien que l’art. 28 de la *CAA* n’assimile pas expressément l’arbitre à une cour, c’est la conclusion qui ressort, par implication nécessaire, des termes de la disposition précisant qu’une somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale constitue « une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice ». Compte tenu de son sens ordinaire et de son historique législatif, l’art. 28 de la *CAA* oblige les arbitres à appliquer les dispositions de la *COIA*. Il ne fait aucun doute que l’attribution d’intérêts composés constitue une façon plus précise d’indemniser les parties pour la valeur temporelle de l’argent. Toutefois, la législature n’a pas encore modifié la *COIA* et levé l’interdiction d’accorder des intérêts sur les intérêts, de sorte que l’attribution d’intérêts simples demeure la règle devant les tribunaux de la Colombie-Britannique.

Les arbitres ne peuvent pas non plus inclure des intérêts composés *dans l’indemnité elle-même*. S’ils en avaient le pouvoir, il y aurait double indemnisation, parce que l’application de l’art. 28 de la *CAA* aurait alors pour effet d’ajouter des intérêts à une indemnité qui en comprend déjà. Dans la mesure où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a inclus les intérêts composés en tant que partie intégrante de la sentence arbitrale dans *McKechnie*, cet arrêt ne doit plus être considéré comme une règle de droit valable.

Bien que les tribunaux présument que le législateur entend indemniser intégralement les intéressés en cas d’expropriation, cette présomption peut être réfutée s’il existe des dispositions législatives démontrant l’intention contraire du législateur. Suivant l’art. 28 de la *CAA*, seuls des intérêts simples peuvent être accordés sur la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale. Il ressort de cette disposition que le législateur n’entendait pas que des intérêts composés puissent être inclus en tant qu’aspect de l’indemnisation intégrale dans un cas comme celui qui nous occupe.

Finally, the arbitrator in this case did not have jurisdiction to consider equitable grounds for awarding compound interest. Under s. 23 of the CAA, an arbitrator can only consider equitable grounds where the parties specifically agree and in this case, T and the Province did not so agree.

Cases Cited

Disapproved: *McKechnie v. McKechnie*, 2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228; **distinguished:** *Morriss v. British Columbia*, 2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Hongkong Bank of Can. v. Touche Ross & Co.* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Irving Oil Co. v. The King*, [1946] S.C.R. 551; *Inglewood Pulp and Paper Co. v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1928] A.C. 492; *British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 S.C.R. 283.

Statutes and Regulations Cited

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, ss. 22, 23, 28, 29.
Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79, ss. 1, 2, 7(2).
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, c. 125.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157, s. 60 [rep. S.B.C. 2004, c. 36, s. 38].
Protected Areas Forests Compensation Act, S.B.C. 2002, c. 51, s. 7.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver: The Commission, 1982.
 British Columbia. Law Reform Commission. *Report on the Court Order Interest Act*. Vancouver: The Commission, 1987.
 British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver: The Centre, 1998, Rule 37 (online: www.bcicac.com/arbitration/rules-of-procedure/domestic-commercial-arbitration-rules-of-procedure).
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Hinkson JJ.A.), 2012 BCCA 70, 29 B.C.L.R. (5th) 330, 317 B.C.A.C. 97, [2012] 6 W.W.R. 629, 105 L.C.R. 1, [2012] B.C.J. No. 275 (QL), 2012

Enfin, dans le présent pourvoi, l'arbitre n'avait pas le pouvoir de tenir compte des moyens d'attribution des intérêts composés reposant sur l'équité. Suivant l'art. 23 de la CAA, l'arbitre ne peut considérer ces moyens que si les parties en ont expressément convenu, ce que n'ont pas fait T et la province en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêt désapprouvé : *McKechnie c. McKechnie*, 2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228; **distinction d'avec l'arrêt :** *Morriss c. British Columbia*, 2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Hongkong Bank of Can. c. Touche Ross & Co.* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Irving Oil Co. c. The King*, [1946] R.C.S. 551; *Inglewood Pulp and Paper Co. c. New Brunswick Electric Power Commission*, [1928] A.C. 492; *British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 R.C.S. 283.

Lois et règlements cités

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 22, 23, 28, 29.
Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79, art. 1, 2, 7(2).
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 125.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157, art. 60 [abr. S.B.C. 2004, ch. 36, art. 38].
Protected Areas Forests Compensation Act, S.B.C. 2002, ch. 51, art. 7.

Doctrine et autres documents cités

British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver : The Centre, 1998, Rule 37 (online : www.bcicac.com/arbitration/rules-of-procedure/domestic-commercial-arbitration-rules-of-procedure).
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver : The Commission, 1982.
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on the Court Order Interest Act*. Vancouver : The Commission, 1987.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Levine et Hinkson), 2012 BCCA 70, 29 B.C.L.R. (5th) 330, 317 B.C.A.C. 97, [2012] 6 W.W.R. 629, 105 L.C.R. 1, [2012] B.C.J. No. 275 (QL), 2012 CarswellBC

CarswellBC 309, setting aside in part a decision of Macaulay J., 2011 BCSC 360, 23 B.C.L.R. (5th) 144, 103 L.C.R. 124, [2011] B.C.J. No. 497 (QL), 2011 CarswellBC 651, which partially upheld an arbitrator’s decision. Appeal allowed.

Karen A. Horsman, Barbara A. Carmichael and Johnny Van Camp, for the appellant.

John J. L. Hunter, Q.C., and K. Michael Stephens, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, the parties ask the Court to determine whether an arbitrator making an award under the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (“CAA”), now the *Arbitration Act*, may provide for compound interest or only simple interest on the sum directed to be paid by an award. For the reasons that follow, I find that compound interest cannot be awarded by arbitrators operating under the CAA. As a result, I would allow the appeal.

II. Facts

[2] Teal Cedar Products Ltd. (“Teal”) is a forestry company in British Columbia (the “Province”). Teal had a forest licence to harvest timber in a particular area of the Province, including the right to cut a certain amount of timber known as an allowable annual cut. In 1999, following the creation of a provincial park, Teal’s allowable annual cut was reduced by the Province. In 2001, Teal began legal action against the Province, claiming compensation for this partial expropriation.

[3] In 2002, the Province enacted retroactive legislation in the form of the *Protected Areas Forests Compensation Act*, S.B.C. 2002, c. 51

309, qui a infirmé en partie une décision du juge Macaulay, 2011 BCSC 360, 23 B.C.L.R. (5th) 144, 103 L.C.R. 124, [2011] B.C.J. No. 497 (QL), 2011 CarswellBC 651, confirmant en partie une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli.

Karen A. Horsman, Barbara A. Carmichael et Johnny Van Camp, pour l’appelante.

John J. L. Hunter, c.r., et K. Michael Stephens, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Les parties au présent pourvoi demandent à notre Cour de décider si l’arbitre qui rend une sentence en application de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (« CAA »), maintenant la *Arbitration Act*, peut accorder des intérêts composés ou uniquement des intérêts simples sur la somme dont sa sentence ordonne le paiement. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les arbitres agissant en vertu de la CAA ne peuvent accorder des intérêts composés. En conséquence, j’accueillerais le pourvoi.

II. Les faits

[2] Teal Cedar Products Ltd. (« Teal ») est une entreprise forestière établie en Colombie-Britannique (la « Province »). Elle détenait un permis d’exploitation forestière l’autorisant à récolter du bois dans une zone déterminée de la Province, y compris le droit de couper une certaine quantité de bois, ce qu’on appelle une coupe annuelle autorisée. En 1999, à la suite de la création d’un parc provincial, la Province a réduit la coupe annuelle autorisée de Teal. En 2001, cette dernière a intenté contre la Province une action en justice dans laquelle elle demandait à être indemnisée pour cette expropriation partielle.

[3] En 2002, la Province a adopté une loi rétroactive, la *Protected Areas Forests Compensation Act*, S.B.C. 2002, ch. 51 (« PAFCA »), qui a

(“PAFCA”), which restricted the ability of forestry companies to obtain compensation for reductions in allowable annual cut when such a reduction was caused by the creation of a provincial park. The PAFCA specified that the reduction did not constitute an expropriation within the meaning of the *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 125 (s. 7(3)). The PAFCA required Teal to seek compensation for the reduction of the allowable annual cut under s. 60 of the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, as the *Forest Act* read at the time of the reduction (s. 7(1)). In the event that parties could not agree as to the appropriate compensation, s. 60(7) of the *Forest Act*, as it read at the time of Teal’s loss, provided for the dispute to be resolved through arbitration under the CAA. (The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix.)

[4] As a result, Teal’s dispute with the Province was subject to arbitration under the CAA, with interim and final reasons being released in 2010. The arbitrator awarded Teal \$6,350,000 plus legal costs. That award included interest at the prime rate compounded annually from the date in 1999 when the allowable annual cut was reduced to the date of the award, amounting to over \$2.2 million in interest. The arbitrator concluded that compound interest could be awarded because it was not “proscribed by legislation” (interim decision, at para. 268 (A.R., at p. 183)). While a number of other issues were raised as part of that arbitration and in the lower courts, the only issue remaining before this Court is the validity of the award for compound interest.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2011 BCSC 360, 23 B.C.L.R. (5th) 144*

[5] Both Teal and the Province sought leave, in accordance with the CAA, to appeal certain questions of law arising from the arbitration decision before the Supreme Court of British Columbia.

restreint la possibilité pour les entreprises forestières d’obtenir une indemnité lorsque la réduction de leur coupe annuelle autorisée résulte de la création d’un parc provincial. La PAFCA précisait que de telles réductions ne constituaient pas une expropriation au sens de l’*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 125 (par. 7(3)). La PAFCA obligeait Teal à demander une indemnité pour la réduction de sa coupe annuelle autorisée en vertu de l’art. 60 de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, suivant la version de la *Forest Act* qui était en vigueur au moment de la réduction (par. 7(1)). Dans l’éventualité où les parties ne pourraient s’entendre sur l’indemnité appropriée, le par. 60(7) de la *Forest Act* en vigueur à l’époque de la perte de Teal prévoyait que le différend devait être réglé par voie d’arbitrage conformément à la CAA. (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites dans l’annexe.)

[4] En conséquence, le différend opposant Teal à la Province a été soumis à l’arbitrage en vertu de la CAA, et des motifs provisoires et définitifs ont été déposés en 2010. L’arbitre a accordé à Teal la somme de 6 350 000 dollars ainsi que les dépens. La somme accordée dans la sentence arbitrale incluait des intérêts, calculés au taux préférentiel, composés annuellement, pour la période allant de la date de la réduction de la coupe annuelle autorisée en 1999 jusqu’à celle de la sentence, soit une somme s’élevant à plus de 2,2 millions de dollars. L’arbitre a conclu que des intérêts composés pouvaient être accordés, parce qu’ils n’étaient pas [TRADUCTION] « interdits par la loi » (décision provisoire, par. 268 (d.a., p. 183)). Bien que d’autres questions aient été soulevées dans le cadre de cet arbitrage et devant les tribunaux inférieurs, la validité de la décision accordant des intérêts composés demeure la seule question litigieuse devant notre Cour.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2011 BCSC 360, 23 B.C.L.R. (5th) 144*

[5] Teal et la Province ont toutes les deux demandé, conformément à la CAA, l’autorisation d’appeler à la Cour suprême de la Colombie-Britannique relativement à certaines questions

Of relevance now, the Province challenged the arbitrator's decision to award Teal compound interest rather than simple interest. The Province argued that compound interest was prohibited under the *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 79 ("COIA"), which is incorporated into the CAA under s. 28 of that Act. Macaulay J. upheld the arbitrator's award of compound interest. He relied upon the absence of a statutory bar to including compound interest *as part of* the award rather than *on* the award and earlier decisions which supported that conclusion. In particular, Macaulay J. relied on *McKechnie v. McKechnie*, 2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228 (where compound interest was awarded as part of an award governed by the CAA), and *Morriss v. British Columbia*, 2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1 (where compound interest was ordered as a component of compensation in an expropriation case to which the *Expropriation Act* did not apply).

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2012 BCCA 70, 29 B.C.L.R. (5th) 330*

[6] The Court of Appeal concluded that its earlier decisions in *McKechnie* and *Morriss* were applicable and binding on the issue of compound interest and therefore denied the Province leave to appeal. The Court of Appeal concluded that it was not appropriate to revisit the decision in *Morriss* given that it was a recent case, where the judgment of the majority was fully reasoned and based on all the jurisprudence. The Court of Appeal noted that the Province "has, of course, a legislative remedy should it desire to act" (para. 59).

de droit soulevées par la sentence arbitrale. La question pertinente dans le présent pourvoi est la contestation par la Province de la décision de l'arbitre accordant à Teal des intérêts composés plutôt que des intérêts simples. La Province a plaidé que le paiement d'intérêts composés était prohibé par la *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 79 (« COIA »), laquelle est incorporée à la CAA par l'art. 28 de cette loi. Le juge Macaulay a confirmé la décision de l'arbitre d'accorder des intérêts composés. Il a fondé sa conclusion à la fois sur le fait qu'aucune disposition législative n'interdit d'inclure des intérêts composés *en tant que partie intégrante* de l'indemnité accordée au lieu d'ordonner qu'ils soient payés *sur* le montant de cette indemnité, et sur des décisions antérieures appuyant cette conclusion. En particulier, le juge Macaulay a invoqué l'arrêt *McKechnie c. McKechnie*, 2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228 (où des intérêts composés avaient été inclus en tant que partie intégrante de l'indemnité accordée en vertu de la CAA), et l'arrêt *Morriss c. British Columbia*, 2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1 (où de tels intérêts avaient été accordés en tant qu'élément de l'indemnité dans une affaire d'expropriation à laquelle ne s'appliquait pas l'*Expropriation Act*).

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 70, 29 B.C.L.R. (5th) 330*

[6] La Cour d'appel a conclu que ses arrêts dans les affaires *McKechnie* et *Morriss* s'appliquaient et avaient un caractère obligatoire quant à la question des intérêts composés, refusant en conséquence l'autorisation d'appel de la Province. Elle a jugé qu'il n'était pas opportun de revoir l'arrêt *Morriss*, puisqu'il s'agissait d'une affaire récente, où la décision des juges majoritaires était amplement motivée et basée sur l'ensemble de la jurisprudence pertinente. La Cour d'appel a souligné que la Province [TRADUCTION] « dispose bien entendu de la possibilité d'intervenir par voie législative si elle souhaite agir » (par. 59).

IV. Analysis

[7] The only issue in this case is whether the arbitrator had the authority to award compound, as opposed to simple, interest to Teal to compensate the company for the time between the loss of its timber harvesting rights and the time of the arbitration award. While Teal has advanced a number of different grounds to support the award of compound interest, in my opinion, the statutory regime does not permit the arbitrator to make such an award. In reaching this conclusion, I consider the *COIA* and its interaction with the *CAA*, which in my view determine the outcome of this case. I also consider the arguments in respect of the compensation principle in expropriation cases and whether compound interest arbitration awards can be grounded in equity despite the *COIA*. Neither the principle of full compensation following an expropriation nor any equitable principle permits the award of compound interest in this case.

A. *Operation of the COIA*

[8] The *COIA* contains two parts: one addressing prejudgment interest and one addressing post-judgment interest. Prejudgment interest is interest that compensates the plaintiff for the time period between when the cause of action arose and the date that the sum owed is ordered to be paid by judgment of the court: *COIA*, s. 1(1). Postjudgment interest is compensation that covers the time period between when the judgment is pronounced or the date when money is payable under the judgment, whichever is later, and when payment is made: *COIA*, s. 7(2). In both cases, compound interest is prohibited: s. 2(c) (prejudgment) and s. 7(2) (postjudgment).

[9] The *COIA* provisions on interest are mandatory: “. . . a court must add to a pecuniary judgment an amount of interest” (s. 1(1) prejudgment) and “[a] pecuniary judgment bears simple interest” (s. 7(2) postjudgment). However, if there is an

IV. Analyse

[7] La seule question à résoudre en l’espèce est de savoir si l’arbitre avait le pouvoir d’accorder à Teal des intérêts composés, plutôt que des intérêts simples, afin d’indemniser cette entreprise pour la période écoulée entre la perte de ses droits de récolte du bois et le moment de la sentence arbitrale. Bien que Teal ait fait valoir un certain nombre de moyens différents au soutien de son argument selon lequel des intérêts composés peuvent être accordés, le régime législatif ne permet pas selon moi à l’arbitre de le faire. Pour arriver à cette conclusion, j’ai considéré la *COIA* ainsi que son interaction avec la *CAA*, facteurs qui, à mon avis, déterminent l’issue du présent pourvoi. J’ai aussi examiné les arguments fondés sur le principe de l’indemnisation intégrale en cas d’expropriations et sur la question de savoir si les sentences arbitrales accordant des intérêts composés peuvent, malgré la *COIA*, être basées sur l’équité. Ni le principe de l’indemnisation intégrale en cas d’expropriation, ni aucune règle d’équité n’autorisent l’attribution d’intérêts composés en l’espèce.

A. *Application de la COIA*

[8] La *COIA* compte deux parties : l’une porte sur les intérêts avant jugement, l’autre sur les intérêts postérieurs au jugement. Les premiers indemnisent le demandeur pour la période qui s’écoule de la naissance de la cause d’action jusqu’à la date à laquelle la cour ordonne par jugement le paiement de la somme due : *COIA*, par. 1(1). Les seconds l’indemnisent pour la période allant de la date du prononcé du jugement ou de celle à laquelle la somme est payable aux termes du jugement, si cette date est postérieure, jusqu’à la date à laquelle la somme est payée : *COIA*, par. 7(2). Dans les deux cas, l’attribution d’intérêts composés est interdite : al. 2(c) (intérêts avant jugement) et par. 7(2) (intérêts postérieurs au jugement).

[9] Les dispositions de la *COIA* en matière d’intérêts ont un caractère impératif : [TRADUCTION] « . . . la cour doit ajouter à une condamnation pécuniaire des intérêts » (par. 1(1), intérêts avant jugement) et « [u]ne condamnation pécuniaire produit des

agreement between the parties about interest, then the court must not award prejudgment interest under s. 1 (s. 2(b)).

[10] There is no doubt that compound interest is a more accurate way of compensating parties for the time-value of money. Indeed, the Law Reform Commission of British Columbia recommended eliminating the prohibition on compound interest in its 1987 *Report on the Court Order Interest Act*, at pp. 31-32. However, the legislature has not yet amended the *COIA* to remove the prohibition of interest on interest, so simple interest, despite its flaws, remains the rule in British Columbia courts.

B. *Interpreting the Interaction Between the COIA and the CAA*

[11] According to the terms of the *Forest Act*, Teal's dispute with the Province was to be resolved by arbitration under the *CAA*. The *COIA* does not apply directly to arbitrations under the *CAA*. Rather, the *CAA* states that the *COIA* applies by providing that "a sum directed to be paid by an award is a pecuniary judgment of the court" (s. 28). The interaction between these two statutes is key to understanding Teal's entitlement to interest. In interpreting these statutes, I first consider the ordinary meaning of s. 28 of the *CAA* in light of its legislative history. In my view, this analysis reveals that only simple interest can be added to the sum directed to be paid by an award. I then consider Teal's proposed interpretation of the *CAA*, which would permit the awarding of compound interest *as part of* an arbitration award. In my respectful opinion, Teal's interpretation is untenable.

intérêts simples » (par. 7(2), intérêts postérieurs au jugement). Toutefois, si les parties se sont entendues sur la question des intérêts, la cour ne doit pas accorder d'intérêts avant jugement en application de l'art. 1 (al. 2(b)).

[10] Il ne fait aucun doute que l'attribution d'intérêts composés constitue une façon plus précise d'indemniser les parties pour la valeur temporelle de l'argent. D'ailleurs, la commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique a recommandé la suppression de l'interdiction visant les intérêts composés dans son rapport daté de 1987 et intitulé *Report on the Court Order Interest Act*, p. 31-32. Toutefois, la législature n'a pas encore modifié la *COIA* et levé l'interdiction d'accorder des intérêts sur les intérêts, de sorte que, malgré ses défauts, l'attribution d'intérêts simples demeure la règle devant les tribunaux de la Colombie-Britannique.

B. *Interprétation de l'interaction entre la COIA et la CAA*

[11] Conformément à la *Forest Act*, le différend opposant Teal et la Province devait être réglé par voie d'arbitrage sous le régime de la *CAA*. La *COIA* ne s'applique pas directement aux arbitrages régis par la *CAA*. La *CAA* dispose plutôt que la *COIA* s'applique en précisant que [TRADUCTION] « la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale constitue une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice » (art. 28). L'interaction de ces deux lois est essentielle pour bien comprendre le droit de Teal de recevoir des intérêts. Pour interpréter ces lois, je vais d'abord examiner le sens ordinaire de l'art. 28 de la *CAA* à la lumière de l'historique législatif de cette disposition. À mon avis, il ressort de cette analyse que seuls des intérêts simples peuvent être ajoutés à la somme dont une sentence arbitrale ordonne le paiement. Je vais ensuite considérer l'interprétation de la *CAA* proposée par Teal et selon laquelle il serait permis d'inclure des intérêts composés *en tant que partie intégrante* de l'indemnité accordée par une sentence arbitrale. À mon humble avis, cette interprétation ne résiste pas à l'analyse.

(1) Ordinary Meaning of Section 28 of the CAA

[12] The CAA incorporates the *COIA* in s. 28:

For the purposes of the *Court Order Interest Act* and the *Interest Act* (Canada), a sum directed to be paid by an award is a pecuniary judgment of the court.

In my view, the effect of this provision, interpreted in light of its legislative history, is to cause arbitration awards to be treated like court judgments governed by the terms of the *COIA*, such that only simple interest can be added to the award.

[13] As discussed above, s. 1 of the *COIA* provides that a court must add interest to a pecuniary judgment. Section 28 of the CAA deems the amount ordered to be paid by an arbitration award to be a pecuniary judgment of the court. The effect of that deeming rule is that an arbitrator must apply the provisions of the *COIA*. Since pecuniary court judgments have simple, not compound, interest added to them by operation of the *COIA*, the ordinary meaning of s. 28 is to cause simple, not compound, interest to be added to the sum directed to be paid by an award.

[14] This conclusion is supported by the legislative history. In 1982, the Law Reform Commission of British Columbia released a report on arbitration stating:

We have concluded that an arbitrator should not have a discretion as to whether to award interest, and that all awards should automatically carry interest in the same manner as a judgment debt, which would include both post and pre-judgment interest. [Emphasis added.]

(*Report on Arbitration*, at p. 51)

(1) Le sens ordinaire de l'art. 28 de la CAA

[12] L'article 28 de la CAA incorpore à cette dernière les dispositions de la *COIA* :

[TRADUCTION] Pour l'application de la *Court Order Interest Act* et de la *Loi sur l'intérêt* (Canada), la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale constitue une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice.

Selon moi, l'effet de cette disposition, interprétée à la lumière de son historique législatif, est d'assimiler les sentences arbitrales à des décisions judiciaires régies par les dispositions de la *COIA*, de telle sorte que seuls des intérêts simples peuvent majorer la somme accordée par la sentence.

[13] Comme il a été expliqué plus tôt, l'art. 1 de la *COIA* oblige les tribunaux judiciaires à ajouter des intérêts à une condamnation pécuniaire. Selon l'art. 28 de la CAA, la somme dont une sentence arbitrale ordonne le paiement est assimilée à une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice. En raison de cette règle d'assimilation, les arbitres doivent appliquer les dispositions de la *COIA*. Puisque, par l'effet de la *COIA*, ce sont des intérêts simples — et non des intérêts composés — qui sont ajoutés aux condamnations pécuniaires prononcées par les cours de justice, il découle du sens ordinaire de l'art. 28 que des intérêts simples, et non des intérêts composés, doivent être ajoutés à la somme accordée par la sentence.

[14] Cette conclusion est appuyée par l'historique législatif. En 1982, la commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique a publié un rapport sur l'arbitrage dans lequel elle a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous avons conclu qu'un arbitre ne devrait pas disposer du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non des intérêts, et que toutes les sentences devraient automatiquement porter intérêts de la même manière qu'une somme due en vertu d'un jugement, ce qui comprendrait à la fois des intérêts postérieurs au jugement et des intérêts avant jugement. [Je souligne.]

(*Report on Arbitration*, p. 51)

As discussed above, the *COIA* provides for a pecuniary court judgment in British Columbia to bear simple interest pre- and postjudgment. If arbitration awards are to carry interest in the same manner as judgment debts, the outcome recommended by the Commission, the sum directed to be paid under an award must also be subject to simple interest pre- and post-award.

[15] The Commission's recommendation was motivated by a concern that absent an authority in the Act for awarding interest, an arbitrator operating under that Act might not have the power to order the payment of interest: *Report on Arbitration*, at p. 50. In support of their recommendations, the Commission provided a model arbitration act. This model act included a draft section that is virtually identical to s. 28 of the *CAA*. In the notes accompanying the proposed section on interest, the Commission indicated that the section was intended to give effect to the recommendation about aligning arbitration interest with judgment debt interest: p. 51. Thus, it appears that by enacting s. 28 of the *CAA*, the legislature adopted the recommendation of the Commission that court judgments and arbitration awards should be on equal footing when it comes to interest awarded under the *COIA*.

[16] In light of both the ordinary meaning of the section and its legislative history, s. 28 of the *CAA* has the effect of requiring arbitrators to apply the provisions of the *COIA*. Subject to the exceptions listed in s. 2(a), (b), (d) and (e) in the *COIA*, arbitrators operating under the *CAA* cannot award compound interest on a sum directed to be paid by an award because the power to award interest is limited by the *COIA*, which provides for simple interest only both for the pre-award and post-award periods.

Comme je l'ai expliqué précédemment, la *COIA* précise que les condamnations pécuniaires prononcées par les cours de justice de la Colombie-Britannique sont majorées d'intérêts simples, tant avant le jugement que postérieurement à celui-ci. Si les sentences arbitrales doivent porter intérêts de la même manière qu'une somme due en vertu d'un jugement — solution qu'a recommandée la commission —, la somme dont une sentence arbitrale ordonne le paiement doit donc elle aussi être majorée d'intérêts simples, tant avant la sentence que postérieurement à celle-ci.

[15] La recommandation de la commission était motivée par la crainte que, en l'absence dans la loi pertinente de pouvoir autorisant les arbitres agissant sous le régime de cette loi à accorder des intérêts, ces derniers ne seraient peut-être pas habilités à ordonner le paiement d'intérêts : *Report on Arbitration*, p. 50. Au soutien de ses recommandations, la commission a proposé une loi type sur l'arbitrage. Cette loi type comprenait une disposition pratiquement identique à l'art. 28 de la *CAA*. Dans les notes accompagnant l'article proposé sur les intérêts, la commission a affirmé que cette disposition visait à donner effet à la recommandation suggérant de suivre, en matière d'intérêts sur les sommes accordées par arbitrage, la règle applicable aux intérêts sur les sommes accordées par jugement : p. 51. En conséquence, il apparaît que, en édictant l'art. 28 de la *CAA*, la législature a adopté la recommandation de la commission selon laquelle les décisions judiciaires et les sentences arbitrales devaient être considérées sur un pied d'égalité relativement aux intérêts prévus par la *COIA*.

[16] Compte tenu du sens ordinaire de l'art. 28 de la *CAA* et de son historique législatif, cette disposition a pour effet d'obliger les arbitres à appliquer les dispositions de la *COIA*. Sous réserve des exceptions mentionnées aux al. 2(a), (b), (d) et (e) de la *COIA*, les arbitres qui agissent en vertu de la *CAA* ne peuvent accorder des intérêts composés sur la somme dont une sentence ordonne le paiement, étant donné que le pouvoir d'accorder des intérêts est limité par la *COIA*, laquelle prévoit uniquement des intérêts simples pour les périodes antérieures et postérieures à la sentence.

(2) Teal's Position on the Interpretation of Section 28

[17] Teal argues that it is possible for arbitrators to include compound interest *as part of the award* rather than on top of the award. In making this argument, Teal essentially adopts the reasoning in *McKechnie*. Teal argues that this is possible because s. 28 of the *CAA* refers to “a sum directed to be paid by an award” and nothing in the *CAA* precludes an arbitrator from including compound interest as part of that sum. This is the interpretation that the British Columbia Court of Appeal adopted in *McKechnie* in reaching the conclusion that s. 28 of the *CAA* did not restrict arbitrators from making an award including compound interest.

[18] I cannot agree with this interpretation of the *CAA*. Similar language to that of s. 28 is used in s. 1 of the *COIA*: “. . . a court must add to a pecuniary judgment an amount of interest calculated on the amount ordered to be paid”. The phrase “amount ordered to be paid” in the *COIA* has been interpreted to mean only the principal of the judgment: *Hongkong Bank of Can. v. Touche Ross & Co.* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381 (C.A.), at p. 391.

[19] The language in the *COIA* is very similar to the language in the *CAA*: “amount ordered to be paid” (*COIA*) and “sum directed to be paid” (*CAA*). If the language of “a sum directed to be paid” in s. 28 of the *CAA* permitted interest to be included in the original award, then it would seem that such an interpretation would apply to s. 1(1) of the *COIA*, given the similarity of the language. That would mean that courts would be able to include interest, including compound interest, in the pecuniary judgment. This would undermine the statutory purpose of the *COIA* prejudgment

(2) L'interprétation de l'article 28 proposée par Teal

[17] Teal plaide qu'il est possible pour les arbitres d'inclure des intérêts composés *en tant que partie intégrante de l'indemnité* plutôt que d'accorder de tels intérêts en sus de celle-ci. En avançant cet argument, Teal adopte essentiellement le raisonnement formulé dans *McKechnie*. Selon Teal, cette possibilité existe parce que les termes utilisés à l'art. 28 de la *CAA* sont « *a sum directed to be paid by an award* » ([TRADUCTION] « la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale »), et que la *CAA* n'empêche pas un arbitre d'inclure des intérêts composés en tant que partie intégrante de cette somme. Il s'agit là de l'interprétation qu'a retenue la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *McKechnie* pour conclure que l'art. 28 de la *CAA* n'empêchait pas les arbitres d'accorder une indemnité incluant des intérêts composés.

[18] Je ne puis souscrire à cette interprétation de la *CAA*. L'article 1 de la *COIA* est formulé dans des termes analogues à ceux de l'art. 28 : “. . . *a court must add to a pecuniary judgment an amount of interest calculated on the amount ordered to be paid* » ([TRADUCTION] « la cour doit ajouter à une condamnation pécuniaire des intérêts calculés sur le montant dont le paiement est ordonné »). Selon l'interprétation qui a été donnée à l'expression « *amount ordered to be paid* » (« montant dont le paiement est ordonné ») employée dans la *COIA*, cette somme se limite uniquement au principal de la condamnation pécuniaire : *Hongkong Bank of Can. c. Touche Ross & Co.* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381 (C.A.), p. 391.

[19] Le libellé de la *COIA* est très semblable à celui de la *CAA* : « amount ordered to be paid » (*COIA*) et « *sum directed to be paid* » (*CAA*). Si les mots « *a sum directed to be paid* » utilisés à l'art. 28 de la *CAA* permettaient d'inclure des intérêts dans l'indemnité originale, une telle interprétation devrait donc apparemment s'appliquer au par. 1(1) de la *COIA*, vu la similitude des libellés. Il s'ensuivrait que les tribunaux pourraient inclure des intérêts, y compris des intérêts composés, dans la condamnation pécuniaire. Cette interprétation contrecarrerait l'objet des dispositions de la *COIA*

interest provisions, since it would permit the awarding of compound interest despite s. 2(c) prohibiting interest on interest.

[20] If interest can be included in the sum directed to be paid by an award, there would be double recovery with respect to interest since s. 28 of the *CAA* would then operate to add interest on top of an award that already included interest. While s. 2(c) of the *COIA* would prevent the award of interest on top of the interest portion of the award, there would still be double recovery because there would be interest payable twice on the principal portion of the award: once as a result of the inclusion *in the award* and once as a result of the operation of s. 28 of the *CAA*. This is an untenable result. Indeed, it was this concern about double recovery that motivated Saunders J.A. to dissent in *Morriss* when the B.C. Court of Appeal concluded that there was an equitable basis for compound interest to be awarded in expropriation cases not governed by the *Expropriation Act* (para. 48).

(a) *Teal's Submissions on Avoiding Double Recovery*

[21] Teal, however, argues that double recovery can be avoided by adopting a more restricted interpretation of s. 28 of the *CAA*. Teal advanced two different interpretations of s. 28 to avoid double recovery. Neither is based on a tenable interpretation of s. 28 of the *CAA*.

[22] First, in its factum, Teal argued that s. 28 of the *CAA* only imposes the postjudgment provisions of the *COIA* on sums directed to be paid by awards. However, as the Province pointed out during oral argument, this would mean that s. 28 served no purpose during the six-year period running from when the *CAA* was enacted in 1986 to when the postjudgment provisions of the *COIA* were finally brought into force in 1992. During that six-year period, if Teal's submission that s. 28 did not apply to the prejudgment provisions

relatives aux intérêts avant jugement, puisqu'elle permettrait aux décideurs d'accorder des intérêts composés malgré le fait que l'al. 2(c) interdit d'attribuer des intérêts sur l'intérêt.

[20] Si des intérêts pouvaient être inclus dans la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale, il y aurait double indemnisation au titre des intérêts, parce que l'application de l'art. 28 de la *CAA* aurait alors pour effet d'ajouter des intérêts à une indemnité en incluant déjà. Bien que l'al. 2(c) de la *COIA* empêcherait que l'on accorde des intérêts en sus de la portion intérêts de l'indemnité, il y aurait quand même double indemnisation du fait que des intérêts seraient payables deux fois sur la portion principale de l'indemnité : une fois à la suite de l'inclusion des intérêts *dans l'indemnité* et une fois par l'effet de l'art. 28 de la *CAA*. Un tel résultat est indéfendable. D'ailleurs, c'est cette crainte de double indemnisation qui a amené la juge Saunders à exprimer sa dissidence dans *Morriss*, lorsque la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à l'existence d'un fondement en equity justifiant d'accorder des intérêts composés dans les affaires d'expropriation non régies par l'*Expropriation Act* (par. 48).

a) *Arguments de Teal sur la manière d'éviter la double indemnisation*

[21] Cependant, Teal plaide que l'adoption d'une interprétation plus restrictive de l'art. 28 de la *CAA* permettrait d'éviter la double indemnisation. Elle a proposé à cette fin deux interprétations différentes de l'art. 28, mais aucune d'elles ne repose sur une interprétation défendable de l'art. 28 de la *CAA*.

[22] Premièrement, Teal a fait valoir dans son mémoire que l'art. 28 de la *CAA* a pour effet d'imposer les dispositions de la *COIA* relatives aux intérêts postérieurs au jugement uniquement à l'égard des sommes dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale. Toutefois, comme l'a souligné la Province à l'audience, cela voudrait dire que l'art. 28 n'a eu aucune utilité pendant la période de six ans qui s'est écoulée de la date de l'édiction de la *CAA* en 1986 jusqu'à celle où les dispositions de la *COIA* relatives aux intérêts postérieurs

of the *COIA* was accepted, s. 28 would have had no purpose since only the prejudgment provisions of the *COIA* were in force, the provisions that Teal asserts s. 28 was not designed to capture.

[23] If the intent of the legislature was to restrict the operation of s. 28 of the *CAA* to the postjudgment provisions of the *COIA*, it could have done so expressly. No such restrictive language is present. In my view, s. 28 cannot be read as being limited to only postjudgment interest.

[24] Second, in oral argument, Teal presented a different interpretation of s. 28 that would permit both the pre- and postjudgment provisions to operate in respect of arbitration awards, but would restrict the operation of the prejudgment provisions to the time period between the issuance of the arbitration award and the time when a court enters the terms of the award as a judgment as part of an enforcement proceeding under s. 29 of the *CAA*. Teal argued that since s. 1 of the *COIA* speaks to interest running from the time the cause of action arose, s. 1 as applied to an arbitration award would only apply to the time period after an arbitration award is issued, because that arbitration award is itself the “cause of action”.

[25] On this starting assumption, double recovery of interest is avoided because the arbitrator would have the jurisdiction to award interest from the date of the occurrence of the underlying facts to the date of the award (compound or simple interest at the discretion of the arbitrator). Then a court would have the jurisdiction to award interest from the date of the award to the date of the award being entered as a judgment as part of enforcement proceedings (prejudgment simple interest) and interest from the

au jugement sont finalement entrées en vigueur en 1992. Si l’on retenait l’argument de Teal selon lequel l’art. 28 ne s’appliquait pas aux dispositions de la *COIA* relatives aux intérêts avant jugement, l’art. 28 aurait été sans objet pendant ces six années, puisque seules étaient en vigueur les dispositions de la *COIA* relatives aux intérêts avant jugement, les dispositions auxquelles l’art. 28 n’était pas censé s’appliquer suivant Teal.

[23] Si le législateur avait eu l’intention de limiter l’application de l’art. 28 de la *CAA* aux dispositions de la *COIA* relatives aux intérêts postérieurs au jugement, il aurait pu le dire expressément. Or, le texte de la disposition ne renferme aucune restriction en ce sens. À mon avis, il est impossible de considérer que l’art. 28 s’applique uniquement aux intérêts postérieurs au jugement.

[24] Deuxièmement, au cours des plaidoiries, Teal a présenté une interprétation différente de l’art. 28 qui permettrait d’une part d’appliquer aux sentences arbitrales à la fois les dispositions relatives aux intérêts avant jugement et celles relatives aux intérêts postérieurs au jugement, mais qui limiterait d’autre part l’application des premières à la période allant du prononcé de la sentence arbitrale à la date où une cour de justice inscrit les modalités de la sentence en tant que jugement dans le cadre d’une procédure d’exécution fondée sur l’art. 29 de la *CAA*. Teal a plaidé que, comme l’art. 1 de la *COIA* précise que les intérêts courent à compter du moment où la cause d’action a pris naissance, dans le cas d’une sentence arbitrale, cet article ne s’appliquerait qu’à la période qui suit le prononcé de la sentence, étant donné que la sentence arbitrale elle-même constitue la « cause d’action ».

[25] Sur la base de cette hypothèse, le double paiement d’intérêt serait évité, puisque l’arbitre aurait le pouvoir d’accorder des intérêts à compter de la date des faits à l’origine du litige jusqu’à celle de la sentence (des intérêts composés ou simples, à la discrétion de l’arbitre). Une cour de justice aurait alors le pouvoir d’accorder des intérêts à compter de la date de la sentence jusqu’à celle de son inscription en tant que jugement dans le cadre d’une procédure d’exécution (intérêts simples

date of award being entered as a judgment as part of enforcement proceedings until such time as the amount is paid (postjudgment simple interest).

[26] There are two problems with this approach. First, it relies on an unnatural and strained interpretation of the phrase “cause of action” in the context of arbitration under the *CAA*. An arbitration award is the result of a resolution of the cause of action and there is nothing to suggest that it gives rise to a new cause of action itself.

[27] Second, Teal’s interpretation fails to recognize that s. 28 deems the sum directed to be paid by an award to be a pecuniary judgment of the court. Section 28 does not depend on a party taking the step of enforcing an arbitration award in court — the sum directed to be paid by the award is a pecuniary judgment of the court by virtue of s. 28 of the *CAA* *whether or not any enforcement proceedings are undertaken*. That is the ordinary meaning of s. 28. Section 28 does not contain any language requiring enforcement proceedings under s. 29 of the *CAA* to be undertaken in order for the interest provisions to become operational.

[28] Under s. 29, a court enters “judgment . . . in the terms of the award”. The judgment *of a court* is already a judgment and does not need s. 28 to deem it “a pecuniary judgment of the court” *again*. And yet Teal’s interpretation requires that this be the case. The result is to render s. 28 meaningless. It is an accepted principle of statutory interpretation that legislative provisions should not be interpreted to be “mere surplusage”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 210, citing *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28, *per* Lamer C.J.

avant jugement) ainsi que des intérêts à compter de l’inscription de la sentence en tant que jugement dans le cadre d’une procédure d’exécution jusqu’au moment où la somme due est payée (intérêts simples postérieurs au jugement).

[26] Une telle approche soulève deux difficultés. Premièrement, elle repose sur une interprétation artificielle et forcée de l’expression « cause d’action » dans le contexte d’un arbitrage fondé sur la *CAA*. En effet, la sentence arbitrale est le résultat du règlement de la cause d’action et rien ne tend à indiquer que la sentence elle-même donne naissance à une nouvelle cause d’action.

[27] Deuxièmement, l’interprétation proposée par Teal ne tient pas compte du fait que l’art. 28 assimile la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale à une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice. L’application de l’art. 28 de la *CAA* ne requiert pas qu’une partie s’adresse aux tribunaux pour faire exécuter la sentence — la somme dont le paiement est ordonné par la sentence constitue, en vertu de cette disposition, une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice, et ce, *que des mesures d’exécution soient prises ou non*. Voilà le sens ordinaire de l’art. 28. Le texte de cet article n’exige pas la prise de mesures d’exécution fondées sur l’art. 29 de la *CAA* pour que les dispositions relatives aux intérêts produisent leurs effets.

[28] Aux termes de l’art. 29, la cour de justice inscrit un [TRADUCTION] « jugement [. . .] suivant les modalités de la sentence ». Un jugement rendu *par une cour de justice* constitue déjà un jugement et il n’est aucunement nécessaire d’invoquer l’art. 28 pour qu’il soit *de nouveau* assimilé à « une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice ». Mais c’est pourtant ce qu’aurait pour effet d’exiger l’interprétation proposée par Teal, ce qui rendrait l’art. 28 dénué de sens. Suivant un principe d’interprétation législative reconnu, une disposition législative ne doit pas être interprétée de façon telle qu’elle devienne [TRADUCTION] « superfétatoire » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 210, se référant à *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28, le juge en chef Lamer.

(b) *Absence of a Provision Deeming an Arbitrator to Be a Court*

[29] Teal argues that one of its interpretations must be adopted because s. 1(1) of the *COIA* only imposes a duty to award interest on a “court” and not an arbitrator. Teal says that nothing in s. 28 deems an arbitrator to be a court. There is no doubt Teal is correct that s. 28 of the *CAA* does not expressly deem an arbitrator to be a court. However, it seems to me that this is the necessary implication of stating that a sum directed to be paid by an award is “a pecuniary judgment of the court”.

[30] Section 28 of the *CAA* is the statutory authority that provides for the sums directed to be paid under awards to carry interest. Apart from s. 28, arbitrators operating under the *CAA* are not permitted to award interest since, as I discussed above, interest cannot be awarded *as part of the award itself*. Accepting that, it is then necessary to ask who is required to provide for interest under s. 28: the arbitrator or a court? If s. 28 is to have any practical effect, it seems to me, it must be the arbitrator who is directed to award interest under it.

[31] If s. 28 required a court to be involved to make the interest order, the arbitrator would be able to award the principal amount but then the parties would have to go to court to get any interest on that amount. There are two problems with this approach. First, any efficiencies that were obtained as part of the arbitration process would be undermined, since parties would always need to involve the courts in order to get interest on the sums directed to be paid under their awards. Arbitration schemes are intended to be efficient methods of dispute resolution: *Report on Arbitration*, at pp. 2-3. An

b) *Absence de disposition assimilant l'arbitre à une cour de justice*

[29] Teal prétend qu'il faut retenir une des interprétations qu'elle propose, car le par. 1(1) de la *COIA* impose l'obligation d'accorder des intérêts uniquement à une « cour de justice » et non à un arbitre. Elle affirme que l'art. 28 n'a pas pour effet d'assimiler l'arbitre à une cour de justice. Bien que Teal ait indubitablement raison de dire que l'art. 28 de la *CAA* n'assimile pas expressément les arbitres à une cour de justice, il me semble néanmoins que c'est la conclusion qui ressort, par implication nécessaire, des termes de la disposition précisant qu'une somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale constitue [TRADUCTION] « une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice ».

[30] L'article 28 de la *CAA* est le fondement législatif prévoyant que les sommes dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale portent intérêts. Sauf en vertu de l'art. 28, les arbitres qui agissent sous le régime de la *CAA* ne sont pas autorisés à accorder des intérêts car, comme je l'ai expliqué précédemment, des intérêts ne peuvent être accordés *en tant que partie intégrante de l'indemnité*. Partant de là, il faut maintenant se demander à qui il incombe d'accorder des intérêts en vertu de l'art. 28 : l'arbitre ou une cour de justice? Pour que cette disposition produise quelque effet concret, il m'apparaît que c'est nécessairement l'arbitre qui est chargé d'accorder les intérêts en vertu de cet article.

[31] Si l'article 28 requérait l'intervention d'une cour de justice pour que le paiement d'intérêts puisse être ordonné, l'arbitre demeurerait habilité à décider du principal de l'indemnité, mais les parties devraient ensuite s'adresser aux tribunaux pour obtenir des intérêts sur cette somme. Une telle situation créerait deux problèmes. Premièrement, les gains en efficacité que permet le processus d'arbitrage seraient amoindris, puisque les parties devraient dans chaque cas faire appel aux tribunaux pour obtenir des intérêts sur les sommes qui leur sont accordées par la sentence. Les régimes

interpretation of s. 28 that requires the involvement of both an arbitrator and the court to provide for final resolution of a dispute including the award of interest runs contrary to that legislative purpose.

[32] Second, it seems that this argument effectively makes an enforcement proceeding under s. 29 a prerequisite for receiving interest because a party would have to go to court in order to seek a judgment of the court for the award of interest. As such, this argument suffers from the same flaw I have discussed previously — it renders s. 28 surplusage. If a court is the only body that can award interest, there is simply no need for s. 28.

(3) Conclusion on the Interpretation of Section 28 of the CAA

[33] As a result, I must reject Teal's submission that interest can be included *in* an arbitration award under the CAA. As a necessary corollary to this conclusion, to the extent that the B.C. Court of Appeal relied on similar reasoning in permitting an award of compound interest *as a part of* an arbitration award in *McKechnie*, that decision must no longer be considered to be good law.

[34] I note, in passing, that this conclusion is based on the specific statutory regime in place in B.C. Other provinces may well provide for the awarding of compound interest by arbitrators in situations where the B.C. statutes make no such provision.

C. *Role of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre ("BCICAC") Rules*

[35] Teal also argues that s. 28 of the CAA is not the final answer on interest for arbitration

d'arbitrage sont censés être des méthodes efficaces de règlement des différends : *Report on Arbitration*, p. 2-3. Une interprétation de l'art. 28 qui exigerait l'intervention à la fois d'un arbitre et des tribunaux pour permettre le règlement définitif d'un différend, y compris l'attribution des intérêts, irait à l'encontre de cet objectif législatif.

[32] Deuxièmement, il semble que cet argument fait effectivement des procédures d'exécution prévues à l'art. 29 une condition préalable à l'attribution d'intérêts, puisqu'une partie devrait s'adresser aux tribunaux pour obtenir un jugement lui accordant des intérêts. Pour cette raison, cet argument présente le même défaut que celui que j'ai expliqué plus tôt — il rend l'art. 28 superfétatoire. Si seule une cour de justice peut accorder des intérêts, l'art. 28 n'a tout simplement aucune raison d'être.

(3) Conclusion sur l'interprétation de l'art. 28 de la CAA

[33] En conséquence, je dois rejeter l'argument de Teal selon lequel des intérêts peuvent être inclus *dans* une sentence arbitrale rendue sous le régime de la CAA. Comme corollaire nécessaire à cette conclusion, dans la mesure où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est appuyée sur un raisonnement similaire pour autoriser l'inclusion d'intérêts composés *en tant que partie intégrante* de la sentence arbitrale dans *McKechnie*, cet arrêt ne doit plus être considéré comme une règle de droit valable.

[34] Je souligne en passant que cette conclusion est basée sur le régime légal particulier qui existe en C.-B. Il est bien possible que d'autres provinces reconnaissent aux arbitres le pouvoir d'accorder des intérêts composés dans des situations où la loi de la C.-B. ne le prévoit pas.

C. *Rôle des règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« BCICAC »)*

[35] Teal prétend en outre que l'art. 28 de la CAA n'apporte pas la réponse définitive à la

awards since s. 22 of the CAA states that the British Columbia International Commercial Arbitration Centre rules (“BCICAC rules”), which permit arbitrators to award compound interest, apply to arbitrations under the CAA. In my view, however, the BCICAC rules do not create a power to award compound interest in arbitrations governed by the CAA.

[36] I accept that s. 22 of the CAA provides that the BCICAC rules apply to arbitrations under the CAA and that Rule 37 of the BCICAC rules permits an arbitrator to order “simple or compound interest to be paid in an award”. However, s. 22(3) of the CAA makes clear that if the BCICAC rules are inconsistent with or contrary to the CAA, the CAA prevails: “If the [BCICAC rules] are inconsistent with or contrary to this Act, this Act prevails.” In my view, there is such an inconsistency in this case because s. 28 of the CAA specifically forecloses the possibility of awarding compound interest. Therefore, despite Rule 37 of the BCICAC rules, arbitrators operating under the CAA cannot award compound interest.

D. *Applicability of the Principle of “Full Compensation” and Equity*

[37] Teal argues that since the underlying claim in this case is a type of expropriation, the principle of full compensation applies such that compound interest must be awarded. While compound interest is no doubt a better measure of the true cost of the loss suffered by Teal, there is a statutory requirement in this case to restrict Teal’s compensation by imposing simple interest. While courts presume that legislatures intend to provide full compensation for expropriations, that presumption can be rebutted by statutory provisions that demonstrate legislative intention to the contrary: *Irving Oil Co. v. The King*, [1946] S.C.R. 551, at p. 556; *Inglewood Pulp and Paper Co. v. New Brunswick Electric Power*

question des intérêts en ce qui concerne les sentences arbitrales, étant donné que l’art. 22 de la CAA précise que les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC »), qui permettent aux arbitres d’accorder des intérêts composés, s’appliquent aux arbitrages se déroulant en vertu de la CAA. Toutefois, je suis d’avis que les règles du BCICAC ne confèrent pas le pouvoir d’accorder des intérêts composés dans les arbitrages régis par la CAA.

[36] Je reconnais que, suivant l’art. 22 de la CAA, les règles du BCICAC s’appliquent aux arbitrages fondés sur la CAA et que l’art. 37 de ces mêmes règles permet à un arbitre d’ordonner [TRADUCTION] « dans une sentence arbitrale [. . .] le paiement d’intérêts simples ou composés ». Cependant, il ressort clairement du par. 22(3) de la CAA que, si les règles du BCICAC sont incompatibles avec la CAA ou contraires à celle-ci, cette dernière prévaut : [TRADUCTION] « Si les [règles du BCICAC] sont incompatibles avec la présente loi ou contraires à celle-ci, cette dernière prévaut. » Selon moi, une telle incompatibilité existe en l’espèce, car l’art. 28 de la CAA écarte expressément la possibilité d’accorder des intérêts composés. Par conséquent, malgré l’art. 37 des règles du BCICAC, les arbitres agissant en vertu de la CAA ne peuvent accorder de tels intérêts.

D. *Applicabilité du principe de « l’indemnisation intégrale » et de l’équité*

[37] Teal avance que, comme la cause d’action à l’origine du présent litige en l’espèce est un type d’expropriation, le principe de l’indemnisation intégrale s’applique et que, en conséquence, des intérêts composés doivent être accordés. Quoique de tels intérêts représentent sans un doute une meilleure mesure de l’ampleur véritable de la perte subie par Teal, il existe en l’espèce une exigence prévue par la loi qui a pour effet de limiter l’indemnité de Teal en imposant l’attribution d’intérêts simples. Bien que les tribunaux présument que le législateur entend indemniser intégralement les intéressés en cas d’expropriation, cette présomption peut être réfutée s’il existe des dispositions

Commission, [1928] A.C. 492 (P.C.), at p. 499. In my view, such provisions exist in this case.

[38] Section 7(1) of the *PAFCA* limits Teal's compensation in this case "to the amount of compensation determined . . . under section 60 of the *Forest Act* as it applies for the purposes of [the *PAFCA*]"'. In turn, s. 60(7) of the *Forest Act* requires that Teal's compensation be determined under the *CAA* (rep. S.B.C. 2004, c. 36, s. 38). As discussed above, s. 28 of the *CAA* limits the interest awarded on a sum directed to be paid by an award under that Act to simple interest. In my view, the interaction of these three statutes reflects legislative intention not to provide for compound interest as an aspect of full compensation in this case.

[39] Therefore, many of the expropriation cases that Teal and the British Columbia Court of Appeal relied upon are irrelevant to this case because those cases did not involve the interpretation of the interaction between the *PAFCA*, the *Forest Act* and the *CAA*. In particular, this Court's decision on the power of an arbitrator to award compound interest in an expropriation case in *British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 S.C.R. 283, is not applicable because it predated the introduction of the *CAA*.

[40] *Morriss* is also inapplicable to the case at bar because it concerned the jurisdiction of a court that was relying on equity to award compound interest. In reaching the conclusion that compound interest could be awarded by the court in that case, the B.C. Court of Appeal relied on the equitable jurisdiction of the court, which permitted the award despite the provisions of the *COIA*. The arbitrator

législatives démontrant l'intention contraire du législateur : *Irving Oil Co. c. The King*, [1946] R.C.S. 551, p. 556; *Inglewood Pulp and Paper Co. c. New Brunswick Electric Power Commission*, [1928] A.C. 492 (C.P.), p. 499. À mon avis, nous sommes en présence de telles dispositions dans la présente affaire.

[38] Le paragraphe 7(1) de la *PAFCA* limite l'indemnité payable à Teal [TRADUCTION] « au montant de l'indemnité déterminée [. . .] en vertu de l'article 60 de la *Forest Act* tel qu'il s'applique pour les besoins de la [*PAFCA*] ». Pour sa part, le par. 60(7) de la *Forest Act* requiert que l'indemnité de Teal soit déterminée conformément à la *CAA* (abr. par S.B.C. 2004, ch. 36, art. 38). Comme il a été expliqué précédemment, suivant l'art. 28 de la *CAA*, seuls des intérêts simples peuvent être accordés sur la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale rendue en application de cette loi. À mon avis, il ressort de l'interaction de ces trois textes de loi que le législateur n'entendait pas que des intérêts composés puissent être inclus en tant qu'aspect de la somme accordée en vertu du principe de l'indemnisation intégrale dans un cas comme celui qui nous occupe.

[39] En conséquence, bon nombre des affaires d'expropriation invoquées par Teal et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne sont pas pertinentes en l'espèce, parce qu'on n'y a pas interprété l'interaction de la *PAFCA*, de la *Forest Act* et de la *CAA*. De façon plus particulière, l'arrêt *British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works*, [1980] 2 R.C.S. 283, dans lequel notre Cour a statué sur le pouvoir d'un arbitre d'accorder des intérêts composés dans une affaire d'expropriation, ne s'applique pas étant donné qu'il est antérieur à l'adoption de la *CAA*.

[40] L'arrêt *Morriss* est lui aussi inapplicable en l'espèce, parce qu'il portait sur la compétence d'une cour de justice qui s'appuyait sur l'équité pour accorder des intérêts composés. En arrivant à la conclusion que des intérêts composés pouvaient être accordés par le tribunal dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est fondée sur la compétence en equity du tribunal,

in this case did not have jurisdiction to consider equity. Under the CAA, arbitrators can only consider equitable grounds where the parties specifically agree (s. 23). In this case, the agreement between Teal and the Province did not permit the arbitrator to deal with equitable grounds. As a result, the reasoning adopted by the B.C. Court of Appeal in *Morriss*, whether right or wrong, is not relevant to the resolution of this appeal.

V. Disposition

[41] I would allow the appeal with costs throughout. The Province is to be granted leave, under the CAA, to appeal the arbitrator's award of compound interest to Teal. I would set aside the arbitrator's award of compound interest and substitute an award of simple interest.

APPENDIX

Protected Areas Forests Compensation Act, S.B.C. 2002, c. 51

Limit on compensation

7 (0.1) In this section, "compensation" includes damages.

(1) The compensation payable to the holder of a licence because of

- (a) a deletion under section 2 (1) affecting the licence,
- (b) an annual cut reduction affecting the licence, to the extent that it was or is attributable to the establishment of a protected area,

compétence qui l'autorisait à accorder de tels intérêts malgré les dispositions de la *COIA*. Dans le présent pourvoi, l'arbitre n'avait pas le pouvoir de tenir compte de l'équité. Sous le régime de la CAA, les arbitres ne peuvent considérer des moyens reposant sur l'équité que si les parties en ont expressément convenu (art. 23). En l'espèce, l'entente entre Teal et la Province ne permettait pas à l'arbitre d'examiner de tels moyens. En conséquence, le raisonnement adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Morriss* — qu'il soit fondé ou non — n'est pas utile pour trancher le présent pourvoi.

V. Dispositif

[41] J'accueillerais le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours. La Province doit être autorisée, en application de la CAA, à interjeter appel de la décision de l'arbitre accordant des intérêts composés à Teal. J'annulerais cette décision et y substituerai une décision accordant des intérêts simples.

ANNEXE

Protected Areas Forests Compensation Act, S.B.C. 2002, ch. 51

[TRADUCTION]

Limite de l'indemnité

7 (0.1) Pour l'application du présent article, le terme « indemnité » s'entend notamment des dommages-intérêts.

(1) L'indemnité payable au titulaire d'un permis en raison de l'une ou l'autre des situations énumérées ci-après se limite au montant de l'indemnité déterminée, à l'égard de ce permis, en vertu de l'article 60 de la *Forest Act* tel qu'il s'applique pour les besoins de la présente loi :

- (a) une suppression visée au paragraphe 2 (1) touchant le permis;
- (b) une réduction de coupe annuelle touchant le permis, dans la mesure où cette réduction était ou est attribuable à l'établissement d'une zone protégée;

(c) the establishment of a protected area that included all or part of the area under the licence, or

(d) any of the things specified in paragraphs (a) to (c) in combination with either or both of the others

is limited to the amount of compensation determined in relation to that licence under section 60 of the *Forest Act* as it applies for the purposes of this Act.

. . .

(3) A deletion under section 2 (1), an annual cut reduction or the establishment of a protected area that included all or part of the area under a licence does not constitute an expropriation within the meaning of the *Expropriation Act*.

Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157 (as it read on April 1, 1999)

Delections and reductions

60 . . .

(7) If the amount of compensation is not agreed on, it must be submitted for determination . . . under the *Commercial Arbitration Act* . . .

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on April 1, 1999)

International Commercial Arbitration Centre rules

22 (1) Unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to that arbitration.

(2) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to the provisions in an enactment governing an arbitration to which this Act applies, the provisions of that enactment prevail.

(3) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to this Act, this Act prevails.

(c) l'établissement d'une zone protégée comprenant tout ou partie de l'aire visée par le permis;

(d) toute combinaison des situations précisées aux alinéas a) à c).

. . .

(3) Une suppression visée au paragraphe 2(1), une réduction de coupe annuelle ou l'établissement d'une zone protégée comprenant tout ou partie de l'aire faisant l'objet du permis ne constitue pas une expropriation au sens de l'*Expropriation Act*.

Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157 (version en vigueur le 1^{er} avril 1999)

[TRADUCTION]

Suppressions et réductions

60 . . .

(7) À défaut d'entente sur le montant de l'indemnité, la détermination de ce montant doit être soumise pour décision [. . .] conformément à la *Commercial Arbitration Act* . . .

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (version en vigueur le 1^{er} avril 1999)

[TRADUCTION]

Règles de l'International Commercial Arbitration Centre

22 (1) Sauf entente à l'effet contraire entre les parties à un arbitrage, les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s'appliquent à cet arbitrage.

(2) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec les dispositions d'une loi régissant un arbitrage auquel s'applique la présente loi, ou sont contraires à celles-ci, les dispositions de cette autre loi s'appliquent.

(3) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec la présente loi ou contraires à celle-ci, cette dernière prévaut.

Legal principles apply unless excluded

- 23** (1) An arbitrator must adjudicate the matter before the arbitrator by reference to law unless the parties, as a term of an agreement referred to in section 35, agree that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or some other basis.

Interest

- 28** For the purposes of the *Court Order Interest Act* and the *Interest Act* (Canada), a sum directed to be paid by an award is a pecuniary judgment of the court.

Enforcement of an award

- 29** (1) With leave of the court, an award may be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect, and judgment may be entered in the terms of the award.

Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79

Court order interest

- 1** (1) Subject to section 2, a court must add to a pecuniary judgment an amount of interest calculated on the amount ordered to be paid at a rate the court considers appropriate in the circumstances from the date on which the cause of action arose to the date of the order.

Interest not awarded in certain cases

- 2** The court must not award interest under section 1
- (a) on that part of an order that represents pecuniary loss arising after the date of the order,
 - (b) if there is an agreement about interest between the parties,
 - (c) on interest or on costs,
 - (d) if the creditor waives in writing the right to an award of interest, or

Application des règles de droit sauf convention contraire

- 23** (1) L'arbitre doit trancher l'affaire dont il est saisi en appliquant les règles de droit pertinentes, à moins que les parties n'aient convenu, dans une convention visée à l'article 35, que le litige peut être décidé sur la base de considérations fondées sur l'équité, de raisons de conscience ou d'autres motifs.

Intérêts

- 28** Pour l'application de la *Court Order Interest Act* et de la *Loi sur l'intérêt* (Canada), la somme dont le paiement est ordonné par une sentence arbitrale constitue une condamnation pécuniaire prononcée par une cour de justice.

Exécution des sentences

- 29** (1) Avec l'autorisation d'une cour de justice, une sentence arbitrale peut être exécutée de la même manière qu'un jugement ou une ordonnance de cette cour au même effet, et un jugement peut être inscrit suivant les modalités de la sentence.

Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79

[TRADUCTION]

Intérêts sur les ordonnances de la cour

- 1** (1) Sous réserve de l'article 2, la cour doit ajouter à une condamnation pécuniaire des intérêts calculés sur le montant dont le paiement est ordonné, au taux qu'elle estime juste eu égard aux circonstances, et ce, de la date à laquelle la cause d'action a pris naissance jusqu'à celle de l'ordonnance.

Aucuns intérêts dans certains cas

- 2** La cour ne doit pas accorder d'intérêts en application de l'article 1
- (a) sur la part de l'ordonnance qui vise la perte pécuniaire survenue postérieurement à l'ordonnance,
 - (b) si la question des intérêts fait l'objet d'une entente entre les parties,
 - (c) sur les intérêts ou sur les dépens,
 - (d) si le créancier a renoncé par écrit à son droit de se voir octroyer des intérêts,

(e) on that part of an order that represents nonpecuniary damages arising from personal injury or death.

Interest rate

7...

(2) A pecuniary judgment bears simple interest from the later of the date the judgment is pronounced or the date money is payable under the judgment.

British Columbia International Commercial Arbitration Centre, *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*

37. Interest

On the basis of evidence presented, the arbitration tribunal may order simple or compound interest to be paid in an award.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

(e) sur la part de l'ordonnance qui consiste en dommages non pécuniaires découlant de lésions corporelles ou d'un décès.

Taux d'intérêt

7...

(2) Une condamnation pécuniaire produit des intérêts simples à compter de la date du prononcé du jugement ou de celle à laquelle l'argent devient payable en application du jugement, selon la plus tardive des deux.

British Columbia International Commercial Arbitration Centre, *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*

[TRANSLATION]

37. Intérêts

Sur la base de la preuve qui lui est présentée, le tribunal d'arbitrage peut dans une sentence arbitrale ordonner le paiement d'intérêts simples ou composés.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2013 Vol. 3

2^e cahier, 2013 Vol. 3

Cited as [2013] 3 S.C.R. 323-655

Renvoi [2013] 3 R.C.S. 323-655

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 adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

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
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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 Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

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

CONTENTS

- Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment) 323**
Environmental law — Offences — Obligation to report to Ministry of Environment discharge of contaminant into natural environment — Subcontractor's blasting operations propelling rock debris into air, damaging home and car — Subcontractor failing to report to Ministry of Environment discharge of contaminant — Whether reporting requirement triggered in this case — Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, s. 15(1).
- Cuthbertson v. Rasouli 341**
Health law — Consent to withdrawal of treatment — Health practitioners — Physicians seeking to remove life support and provide palliative care to unconscious patient on basis that all appropriate treatments exhausted and continuation of life support of no medical benefit — Patient's substitute decision-maker disagreeing and refusing to provide consent — Whether withdrawal of treatment constitutes "treatment" under Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A — Whether consent regime under Act governs withdrawal of life support and therefore consent required — Whether substitute decision-maker's refusal to provide consent must be challenged before Consent and Capacity Board pursuant to the Act rather than in the courts under the common law — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.
- Infineon Technologies AG v. Option consommateurs 600**
Civil procedure — Class actions — Jurisdiction of Quebec court — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Whether Quebec courts have jurisdiction over dispute between international manufacturers and group consisting of direct and indirect purchasers located in Quebec given that alleged wrongdoing that forms basis of claim occurred outside Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3148(3).
- Civil procedure — Class actions — Conditions for authorizing action — Direct and indirect purchasers — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Proposed group consisting of direct and indirect

Continued on next page

SOMMAIRE

- Cuthbertson c. Rasouli 341**
Droit de la santé — Consentement au retrait d'un traitement — Praticiens de la santé — Médecins souhaitant retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs à un patient inconscient au motif que tous les traitements appropriés ont été administrés et que le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique — La mandataire spéciale du patient n'est pas d'accord et refuse de donner son consentement — Le retrait d'un traitement constitue-t-il un « traitement » au sens de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A? — Le régime en matière de consentement prévu par la Loi s'applique-t-il au retrait du traitement de maintien de la vie de sorte qu'un consentement est nécessaire? — Le refus de la mandataire spéciale de donner son consentement doit-il être contesté devant la Commission du consentement et de la capacité sous le régime de la Loi plutôt que devant les tribunaux sous le régime de la common law? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 2(1), 10(1)b), 20, 21, 37.
- Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement) 323**
Droit de l'environnement — Infractions — Obligation d'aviser le ministère de l'Environnement du rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel — Opérations de dynamitage d'un sous-traitant entraînent la projection dans les airs d'éclats de roc, endommageant une demeure et une voiture — Omission par le sous-traitant d'aviser le ministère de l'Environnement du rejet du contaminant — L'obligation d'aviser est-elle entrée en jeu en l'espèce? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 15(1).
- Infineon Technologies AG c. Option consommateurs 600**
Procédure civile — Recours collectifs — Compétence du tribunal québécois — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Les tribunaux québécois ont-ils compétence sur un litige opposant des fabricants internationaux et un groupe d'acheteurs directs et indirects se trouvant au Québec, alors que l'acte fautif allégué à l'origine de la demande a été commis à l'extérieur du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3148(3).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

purchasers who suffered losses by absorbing, in whole or in part, inflated portion of price — Whether common questions arise — Whether cause of action can be rooted in passing on of artificially inflated prices resulting from anti-competitive practices — Whether it is sufficient to prove aggregate loss at authorization stage — Whether representative and designated member are qualified to adequately represent members of proposed group — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1003, 1048.

Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation 477

Civil procedure — Class actions — Certification — Indirect purchasers — Plaintiffs suing defendants for unlawful conduct in overcharging for its PC operating systems and PC applications software — Plaintiffs seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether indirect purchaser actions are available as a matter of law in Canada — Whether certification requirements are met — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

R. v. Cairney 420

Criminal law — Defences — Provocation — Self-induced provocation — Whether fact that accused induced act or words said to constitute provocation precludes defence of provocation from being left to jury — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. Pappas 452

Criminal law — Defences — Provocation — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether victim's provoking comments were sudden, in the sense that accused was caught unprepared and surprised by them — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. R.L. 418

Criminal law — Appeals — Application for extension of time — Appellant pleading guilty to 14 charges between 1996 and 2005 — Appellant found unfit to stand trial in 2011 for reason of intellectual disability — Appellant

SOMMAIRE (Suite)

Procédure civile — Recours collectifs — Conditions d'autorisation du recours — Acheteurs directs et indirects — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Groupe proposé formé des acheteurs directs et indirects qui ont subi des pertes en absorbant, en tout ou en partie, la portion gonflée du prix — Existe-t-il des questions communes? — Une cause d'action peut-elle prendre sa source dans le transfert de hausses artificielles de prix causées par un comportement anticoncurrentiel? — Suffit-il de démontrer une perte globale à l'étape de l'autorisation? — La représentante et le membre désigné ont-ils qualité pour représenter adéquatement les membres du groupe? — Y a-t-il lieu d'autoriser le recours collectif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003, 1048.

Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation 477

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Acheteurs indirects — Action intentée contre les défenderesses au motif qu'elles auraient agi illégalement en majorant le prix de leurs systèmes d'exploitation et de leurs logiciels d'application pour ordinateur personnel — Demande de certification d'une action à titre de recours collectif en application des dispositions provinciales sur les recours collectifs — L'acheteur indirect dispose-t-il d'un recours en droit canadien? — Respect des conditions de certification — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

R. c. Cairney 420

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Provocation induite — Le fait que l'accusé a été à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il que la défense de provocation puisse être soumise à l'appréciation du jury? — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et conféraient-ils une vraisemblance au moyen de défense? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. Pappas 452

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et rendaient-ils le moyen de défense vraisemblable? — Les remarques provocatrices de la victime ont-elles été soudaines au sens où elles étaient

CONTENTS (Concluded)

subsequently seeking to have convictions entered between 1996 and 2005 set aside — Majority of Court of Appeal dismissing application for extension of time to appeal convictions — Court of Appeal not erring in dismissing application for extension of time.

Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company 545

Civil procedure — Class actions — Certification — Direct and indirect purchasers — Plaintiffs allege that defendants fixed price of high-fructose corn syrup and overcharged direct purchasers and overcharge was passed on to indirect purchasers — Whether indirect purchasers have right to bring action against alleged overcharger — Whether inclusion of indirect and direct purchasers in proposed class warrants dismissing action — Whether case meets certification requirement of having an identifiable class of indirect purchasers — Whether direct purchasers have cause of action in constructive trust — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

SOMMAIRE (Fin)

inattendues et ont pris l'accusé par surprise? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. R.L. 418

Droit criminel — Appels — Requête en prorogation de délai — Appellant a plaidé coupable à 14 chefs d'accusation entre 1996 et 2005 — Appellant a été jugé inapte à subir un procès en 2011 en raison d'une déficience intellectuelle — Appellant cherche par la suite à faire casser les condamnations prononcées contre lui entre 1996 et 2005 — Juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent la requête en prorogation du délai pour en appeler des condamnations — La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en rejetant la requête en prorogation de délai.

Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company 545

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Acheteurs directs et indirects — Allégations des demanderesse selon lesquelles le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose aurait été fixé par les défenderesses, qui auraient vendu cet édulcorant aux acheteurs directs à un prix majoré, et la majoration aurait été transférée aux acheteurs indirects — Les acheteurs indirects ont-ils un droit de recours contre l'auteur présumé de la majoration? — La composition du groupe proposé, formé à la fois d'acheteurs directs et d'acheteurs indirects, justifie-t-elle le rejet du recours? — Est-il satisfait en l'espèce au critère de certification relatif à l'existence d'un groupe identifiable d'acheteurs indirects? — Les acheteurs directs ont-ils un droit de recours en imposition d'une fiducie par interprétation? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

Castonguay Blasting Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Ontario as represented by the Minister of the Environment *Respondent*

and

Canadian Environmental Law Association and Lake Ontario Waterkeeper *Interveners*

INDEXED AS: CASTONGUAY BLASTING LTD. v. ONTARIO (ENVIRONMENT)

2013 SCC 52

File No.: 34816.

2013: May 17; 2013: October 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Environmental law — Offences — Obligation to report to Ministry of Environment discharge of contaminant into natural environment — Subcontractor’s blasting operations propelling rock debris into air, damaging home and car — Subcontractor failing to report to Ministry of Environment discharge of contaminant — Whether reporting requirement triggered in this case — Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, s. 15(1).

The appellant C was conducting blasting operations for a highway-widening project when the operation went awry and rock debris known as “fly-rock” was propelled into the air by an explosion. The fly-rock shot approximately 90 metres in the air and damaged a home and a car. A significant amount of rock also landed in the yard. C did not report the incident to the Ministry of the Environment (“Ministry”) and was subsequently charged with failing to report to the Ministry the discharge of a contaminant into the natural environment contrary to s. 15(1) of the *Environmental Protection Act* (“EPA”). C was acquitted by the Ontario Court of Justice. The

Dynamitage Castonguay Ltée *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l’Ontario, représentée par le ministre de l’Environnement *Intimée*

et

Association canadienne du droit de l’environnement et Lake Ontario Waterkeeper *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : DYNAMITAGE CASTONGUAY LTÉE c. ONTARIO (ENVIRONNEMENT)

2013 CSC 52

N° du greffe : 34816.

2013 : 17 mai; 2013 : 17 octobre.

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

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

Droit de l’environnement — Infractions — Obligation d’aviser le ministère de l’Environnement du rejet d’un contaminant dans l’environnement naturel — Opérations de dynamitage d’un sous-traitant entraînent la projection dans les airs d’éclats de roc, endommageant une demeure et une voiture — Omission par le sous-traitant d’aviser le ministère de l’Environnement du rejet du contaminant — L’obligation d’aviser est-elle entrée en jeu en l’espèce? — Loi sur la protection de l’environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 15(1).

L’appelante C effectuait des opérations de dynamitage dans le cadre de travaux d’élargissement d’une route lorsque l’opération a mal tourné et que des « éclats de roc » ont été projetés dans les airs par la force d’une explosion. Les éclats de roc ont été propulsés dans les airs sur une distance approximative de 90 mètres et ont endommagé une demeure et une voiture. Une quantité importante d’éclats sont aussi tombés dans la cour. C n’a pas signalé l’incident au ministère de l’Environnement (« ministère ») et, par la suite, a été accusée d’avoir omis, en violation du par. 15(1) de la *Loi sur la protection de l’environnement* (« LPE »), d’aviser

Ontario Superior Court of Justice set aside the acquittal and entered a conviction. A majority in the Court of Appeal dismissed C's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Ontario's *EPA* requires that the Ministry of the Environment be immediately notified when a contaminant is discharged into the environment. There are two preconditions to this reporting requirement — the discharge must have been out of the normal course of events and it must have had — or was likely to have — an adverse environmental impact. The purpose of the requirement is to let the Ministry know about potential environmental damage so that any consequential remedial steps can be taken in a timely way.

The *EPA* is Ontario's principal environmental protection statute. Its status as remedial legislation entitles it to a generous interpretation. Environmental protection is a complex subject matter — the environment itself and the wide range of activities which might harm it are not easily conducive to precise codification. As a result, environmental legislation embraces an expansive approach to ensure that it can adequately respond to a variety of environmentally harmful scenarios, including ones which might not have been foreseen by the drafters of the legislation. Because the legislature is pursuing the objective of environmental protection, its intended reach is wide and deep.

The overall purpose of the *EPA* is set out in s. 3: "The purpose of this Act is to provide for the protection and conservation of the natural environment." The *EPA* also protects those who *use* the natural environment by protecting human health, plant and animal life, and property. The *EPA* seeks to achieve its goal of protecting the natural environment and those who use it through a series of regulations, prohibitions and reporting requirements. It also provides for a wide range of inspection, enforcement, preventative and remedial powers.

One of the means by which the *EPA* promotes its protective and preventative purposes is through the prohibition in s. 14(1) against discharging a contaminant into the natural environment where it is likely to have an

le ministère qu'elle avait rejeté un contaminant dans l'environnement naturel. C a été acquittée par la Cour de justice de l'Ontario, mais la Cour supérieure de justice de l'Ontario a annulé l'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel de C.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *LPE* exige que le ministère de l'Environnement soit avisé sans délai lorsqu'un contaminant a été rejeté dans l'environnement. Cette obligation de signalement est assujettie à deux conditions préalables — il doit s'agir d'un rejet accompli en dehors du cours normal des événements, et qui cause — ou causera vraisemblablement — une conséquence préjudiciable sur l'environnement. L'obligation en question a pour but d'informer le ministère des dommages possibles à l'environnement, afin que puissent être prises en temps utile les mesures correctives qui s'imposent.

La *LPE* est la principale loi ontarienne en matière de protection de l'environnement. Comme elle constitue une loi réparatrice, elle doit recevoir une interprétation généreuse. La protection de l'environnement est un sujet complexe — en effet, l'environnement lui-même et la vaste gamme d'activités susceptibles d'en causer la dégradation ne se prêtent pas aisément à une codification précise. Par conséquent, les lois protégeant l'environnement reposent sur l'application d'une approche générale, qui permet de réagir adéquatement à une gamme d'atteintes environnementales, y compris celles qui n'ont peut-être même pas été envisagées par leurs rédacteurs. Parce que l'objectif poursuivi par le législateur est la protection de l'environnement, la portée voulue de ces lois est large et profonde.

L'objectif général de la *LPE* est énoncé à l'art. 3 : « La présente loi a pour objet d'assurer la protection et la conservation de l'environnement naturel. » La *LPE* protège également les personnes qui *utilisent* l'environnement naturel en protégeant la santé des humains, les végétaux, les animaux et les biens. La *LPE* cherche à réaliser son objectif de protection de l'environnement naturel et des personnes qui l'utilisent au moyen d'un ensemble de règlements, d'interdictions et d'obligations de signalement. Elle prévoit également un large éventail de pouvoirs en matière d'inspection, de mise en application de la loi, de prévention et de réparation.

L'un des moyens par lesquels la *LPE* tend à l'atteinte de ses objectifs de protection et de prévention réside dans l'interdiction, énoncée au par. 14(1), de rejeter dans l'environnement naturel un contaminant qui causera

“adverse effect”. This purpose is reinforced by the related requirement in s. 15(1) that any such discharge which is out of the normal course of events be reported to the Ministry of the Environment.

When a contaminant is discharged, the discharger may not know the full extent of the damage caused or likely to be caused. The purpose of the reporting requirement in s. 15(1) is to ensure that it is the Ministry, and not the discharger, who decides what, if any, further steps are required. Moreover, many potential harms may be difficult to detect without the expertise and resources of the Ministry. As a result, the statute places both the obligation to investigate and the decision about what further steps are necessary with the Ministry and not the discharger. Notification provides the Ministry with the opportunity to conduct an inspection as quickly as possible and to obtain information in order to take any necessary remedial action and to fulfill its statutory mandate. This enables the Ministry to respond in a timely way to the discharge of a contaminant into the natural environment and to be involved in determining what, if any, preventative or remedial measures are appropriate.

“Adverse effect” is defined in s. 1(1) of the *EPA*. It has eight definitional components. These eight branches of the definition reflect a statutory recognition that protecting the natural environment requires, among other strategies, maximizing the circumstances in which the Ministry of the Environment may investigate and remedy environmental harms. Each of the eight branches provides an independent trigger for the duty to report.

Section 15(1) of the *EPA* was clearly engaged in the circumstances of this case and C was required to report the discharge of fly-rock forthwith to the Ministry of the Environment. C “discharged” fly-rock into the “natural environment”, and there is no doubt that fly-rock meets the definition of “contaminant”. The discharge was “out of the normal course of events”, and it caused an “adverse effect” under the definition of that term in s. 1(1), namely, it caused injury or damage to property and loss of enjoyment of the normal use of property. The adverse effects were not trivial. The force of the blast, and the rocks it produced, were so powerful they caused extensive

vraisemblablement une « conséquence préjudiciable ». Cet objectif est renforcé par l’obligation connexe, prévue au par. 15(1), d’aviser le ministère de l’Environnement d’un tel rejet s’il est accompli en dehors du cours normal des événements.

Lors du rejet d’un contaminant, il est possible que l’auteur ne connaisse pas toute l’ampleur des dommages qui sont causés ou qui peuvent vraisemblablement être causés. L’obligation de signalement prescrite par le par. 15(1) a pour but de faire en sorte que ce soit le ministère, et non l’auteur du rejet, qui décide si des mesures supplémentaires sont requises et, dans l’affirmative, lesquelles. En outre, de nombreuses nuisances éventuelles peuvent être difficiles à détecter sans l’expertise et les ressources dont dispose le ministère. En conséquence, la loi confère au ministère, et non à l’auteur du rejet, l’obligation d’enquêter ainsi que le pouvoir de décider des mesures supplémentaires qui sont nécessaires. La réception de l’avis prescrit donne au ministère la possibilité de procéder aussi rapidement que possible à une inspection et d’obtenir des renseignements en vue de prendre toutes les mesures réparatrices nécessaires et de s’acquitter du mandat que lui confie la loi. Ce processus lui permet également de réagir en temps utile au rejet d’un contaminant dans l’environnement naturel et de participer à la détermination, s’il y a lieu, des mesures préventives ou réparatrices appropriées.

La définition du terme « conséquence préjudiciable » est énoncée au par. 1(1) de la *LPE* et comporte huit éléments. Ceux-ci montrent que la loi reconnaît que la protection de l’environnement naturel exige, entre autres stratégies, de maximiser l’éventail des circonstances dans lesquelles le ministère de l’Environnement peut enquêter sur les nuisances environnementales et y remédier. Chacune des huit formes de la notion de « conséquence préjudiciable » constitue une source autonome de responsabilité.

Le paragraphe 15(1) entrait manifestement en jeu dans les circonstances de la présente espèce et C était tenue de signaler sans délai au ministère de l’Environnement le rejet des éclats de roc. C « a rejeté » dans « l’environnement naturel » des éclats de roc et il ne fait aucun doute que ces éclats de roc sont visés par la définition de « contaminant ». Le rejet a été accompli « en dehors du cours normal des événements » et a causé une « conséquence préjudiciable » au sens de la définition de ce terme énoncée au par. 1(1), c’est-à-dire qu’il a causé un tort ou des dommages à des biens et la perte de jouissance de l’usage normal de ces biens. Les

and significant property damage, penetrating the roof of a residence and landing in the kitchen. A vehicle was also seriously damaged. The fly-rock could easily have seriously injured or killed someone. Accordingly, C was required to report the discharge of fly-rock forthwith to the Ministry of Environment under s. 15(1) of the *EPA*.

Cases Cited

Referred to: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Dow Chemical Canada Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 577; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241.

Statutes and Regulations Cited

Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, s. 13(1).
Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 1(1) “adverse effect”, “contaminant”, “discharge”, “natural environment”, 3, 6, 7, 8, 14, 15(1), 17, 18, 91.1, 92, 93, 94, 97, 132, 156, 157, 157.1, 188.1.
Legislation Act, 2006, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64.
Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 53.

Authors Cited

McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law” (1997), 9 *J. Envtl. L.* 221.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Simmons and Blair JJ.A.), 2012 ONCA 165, 109 O.R. (3d) 401, 289 O.A.C. 146, 65 C.E.L.R. (3d) 1, 10 C.L.R. (4th) 165, [2012] O.J. No. 1161 (QL), 2012 CarswellOnt 2199, affirming a decision of Ray J., 2011 ONSC 767, 57 C.E.L.R. (3d) 142, 226 C.R.R. (2d) 180, [2011] O.J. No. 364 (QL), 2011 CarswellOnt 467, which set aside a decision of Hunter J., 53 C.E.L.R. (3d) 140, [2010] O.J. No. 5713 (QL), 2010 CarswellOnt 6245. Appeal dismissed.

conséquences préjudiciables n'étaient pas négligeables. La force de l'explosion et les éclats de roc qu'elle a produits étaient si puissants que d'importants dommages aux biens ont été causés, les éclats ayant en effet traversé le toit d'une résidence et fini leur course dans la cuisine. En outre, un véhicule a été gravement endommagé. Les éclats de roc auraient pu facilement blesser sérieusement une personne ou la tuer. En conséquence, en application du par. 15(1) de la *LPE*, C était tenue de signaler le rejet des éclats de roc sans délai au ministère de l'Environnement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Dow Chemical Canada Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 577; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241.

Lois et règlements cités

Loi de 2006 sur la législation, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64.
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 13(1).
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 1(1) « conséquence préjudiciable », « contaminant », « environnement naturel », « rejet », « rejeter », 3, 6, 7, 8, 14, 15(1), 17, 18, 91.1, 92, 93, 94, 97, 132, 156, 157, 157.1, 188.1.
Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1990, ch. O.1, art. 53.

Doctrine et autres documents cités

McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997), 9 *J. Envtl. L.* 221.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Simmons et Blair), 2012 ONCA 165, 109 O.R. (3d) 401, 289 O.A.C. 146, 65 C.E.L.R. (3d) 1, 10 C.L.R. (4th) 165, [2012] O.J. No. 1161 (QL), 2012 CarswellOnt 2199, qui a confirmé une décision du juge Ray, 2011 ONSC 767, 57 C.E.L.R. (3d) 142, 226 C.R.R. (2d) 180, [2011] O.J. No. 364 (QL), 2011 CarswellOnt 467, qui avait infirmé une décision du juge Hunter, 53 C.E.L.R. (3d) 140, [2010] O.J. No. 5713 (QL), 2010 CarswellOnt 6245. Pourvoi rejeté.

J. Bruce McMeekin, Andrea Farkouh and Marie-France Major, for the appellant.

Sara Blake, Paul McCulloch and Danielle Meuleman, for the respondent.

Joseph F. Castrilli and Ramani Nadarajah, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — Ontario’s *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19 (“EPA”), requires that the Ministry of the Environment be immediately notified when a contaminant is discharged into the environment. There are two pre-conditions to this reporting requirement — the discharge must have been out of the normal course of events and it must have had — or was likely to have — an adverse environmental impact. The purpose of the requirement is to let the Ministry know about potential environmental damage so that any consequential remedial steps can be taken in a timely way.

[2] The interpretive exercise engaged in this appeal is to determine when the reporting requirement is triggered. In my view, there is clarity both of legislative purpose and language: the Ministry of the Environment must be notified when there has been a discharge of a contaminant out of the normal course of events without waiting for proof that the natural environment has, in fact, been impaired. In other words: when in doubt, report.

Background

[3] In 2007, Castonguay Blasting Ltd. was hired as a subcontractor to conduct blasting operations for a highway-widening project commissioned by the Ontario Ministry of Transportation.

[4] On November 26, 2007, Castonguay was blasting rock when the operation went awry and rock debris known as “fly-rock” was propelled into

J. Bruce McMeekin, Andrea Farkouh et Marie-France Major, pour l’appelante.

Sara Blake, Paul McCulloch et Danielle Meuleman, pour l’intimée.

Joseph F. Castrilli et Ramani Nadarajah, pour les intervenantes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La *Loi sur la protection de l’environnement* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. E.19 (« LPE »), exige que le ministère de l’Environnement soit avisé sans délai de tout rejet d’un contaminant dans l’environnement. Cette obligation de signalement est assujettie à deux conditions préalables — il doit s’agir d’un rejet accompli en dehors du cours normal des événements, et qui cause — ou causera vraisemblablement — une conséquence préjudiciable sur l’environnement. L’obligation en question a pour but d’informer le ministère des dommages possibles à l’environnement, afin que puissent être prises en temps utile les mesures correctives qui s’imposent.

[2] L’exercice d’interprétation que requiert le présent pourvoi consiste à déterminer à quel moment entre en jeu l’obligation de donner l’avis en question. Selon moi, tant le texte de la LPE que son objet sont clairs : le ministère de l’Environnement doit être avisé lorsqu’un contaminant a été rejeté en dehors du cours normal des événements, sans qu’il soit nécessaire d’attendre la preuve que l’environnement naturel a bel et bien été dégradé. Autrement dit : quand on doute, on signale.

Contexte

[3] En 2007, Dynamitage Castonguay Ltée a été engagée comme sous-traitant pour effectuer des opérations de dynamitage dans le cadre de travaux d’élargissement d’une route commandés par le ministère des Transports de l’Ontario.

[4] Le 26 novembre 2007, Castonguay dynamitait un rocher lorsque l’opération a mal tourné et que des « éclats de roc » ont été projetés dans les airs

the air by an explosion. Had the blast been carried out according to plan, the force of the blast would have been contained and concentrated inwards, reducing the risk of shattered rock becoming airborne. In this case, however, the fly-rock shot approximately 90 metres in the air and crashed through the roof of a home, damaging the kitchen ceiling, the siding and the eavestroughs. Some of the fly-rock hit a car, breaking the windshield and damaging the hood. There was also a significant amount of rock in the yard.

[5] Castonguay immediately reported the incident to the contract administrator, who in turn reported it to the Ministry of Transportation (which had commissioned the project) and the provincial Ministry of Labour in accordance with the requirements in s. 53 of the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1. Further blasting on the project stopped until the site was inspected and remedial steps were agreed to with the Ministry of Labour.

[6] Castonguay did not report the incident to the Ministry of the Environment. That Ministry was not notified until May 2008, when it was told about the incident by the Ministry of Transportation.

[7] In September 2009, Castonguay was charged with failing to report the “discharge of a contaminant into the natural environment” to the Ministry of the Environment contrary to s. 15(1) of the *EPA*. Castonguay was acquitted by the Ontario Court of Justice. The Ontario Superior Court of Justice set aside the acquittal and entered a conviction (2011 ONSC 767, 57 C.E.L.R. (3d) 142). Castonguay appealed on the basis that s. 15(1) was not triggered in these circumstances.

[8] In the Court of Appeal (2012 ONCA 165, 109 O.R. (3d) 401), MacPherson J.A., writing for the majority, concluded that the plain meaning of the relevant provisions of the *EPA*, the relevant case law, and a proper understanding of the broad purposes of the *EPA* confirmed that the discharge of the

par la force d’une explosion. Si le dynamitage avait été effectué comme prévu, la force de l’explosion aurait été circonscrite et concentrée vers l’intérieur, ce qui aurait diminué le risque de voir des éclats de roc s’envoler. Dans le cas qui nous intéresse toutefois, les éclats de roc ont été propulsés dans les airs et, après avoir franchi approximativement 90 mètres, ils ont traversé le toit d’une demeure, endommageant le plafond de la cuisine, le revêtement mural extérieur et les gouttières. Certains éclats ont frappé une auto, fracassant le pare-brise et endommageant le capot. En outre, une quantité importante d’éclats sont tombés dans la cour.

[5] Castonguay a immédiatement signalé l’incident à l’administrateur du contrat qui, à son tour, en a avisé le ministère des Transports (qui avait commandé les travaux) ainsi que le ministère du Travail provincial, conformément aux exigences prescrites par l’art. 53 de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1. Les opérations de dynamitage sur le chantier ont alors cessé jusqu’à ce que le site ait été inspecté et des mesures correctives convenues avec le ministère du Travail.

[6] Castonguay n’a pas signalé l’incident au ministère de l’Environnement. Ce ministère n’en a été avisé qu’en mai 2008, lorsque le ministère des Transports l’a informé de ce qui s’était passé.

[7] En septembre 2009, Castonguay a été accusée d’avoir omis, en violation du par. 15(1) de la *LPE*, d’aviser le ministère de l’Environnement qu’elle avait « rejet[é] un contaminant dans l’environnement naturel ». L’entreprise a été acquittée par la Cour de justice de l’Ontario, mais la Cour supérieure de justice de l’Ontario a annulé l’acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité (2011 ONSC 767, 57 C.E.L.R. (3d) 142). Castonguay a ensuite interjeté appel, au motif que les circonstances de l’espèce n’avaient pas déclenché l’application du par. 15(1).

[8] En Cour d’appel (2012 ONCA 165, 109 O.R. (3d) 401), le juge MacPherson a conclu, au nom des juges majoritaires, que le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la *LPE*, la jurisprudence applicable et l’interprétation adéquate des objectifs généraux de la *LPE* confirmaient que

fly-rock in this case was covered by s. 15(1) of the *EPA* and that Castonguay was therefore required to report the incident to the Ministry of the Environment. In dissent, Blair J.A. found no breach of s. 15(1) in these circumstances. I agree with the majority that Castonguay was required to report the incident.

Analysis

[9] The *EPA* is Ontario's principal environmental protection statute. Its status as remedial legislation entitles it to a generous interpretation (*Legislation Act, 2006*, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 84). Moreover, as this Court recognized in *Canadian Pacific*, environmental protection is a complex subject matter — the environment itself and the wide range of activities which might harm it are not easily conducive to precise codification (para. 43). As a result, environmental legislation embraces an expansive approach to ensure that it can adequately respond “to a wide variety of environmentally harmful scenarios, including ones which might not have been foreseen by the drafters of the legislation” (para. 43). Because the legislature is pursuing the objective of environmental protection, its intended reach is wide and deep (para. 84).

[10] The overall purpose of the *EPA* is set out in s. 3: “The purpose of this Act is to provide for the protection and conservation of the natural environment.” “[N]atural environment” is defined in s. 1(1) as the “air, land and water, or any combination or part thereof, of the Province of Ontario”. The *EPA* also protects those who *use* the natural environment by protecting human health, plant and animal life, and property. This purpose was aptly summarized by MacPherson J.A. in *R. v. Dow Chemical Canada Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 577 (C.A.), as being “to protect the natural environment and the people who live, work and play in it” (para. 49).

le rejet des éclats de roc survenu en l'espèce était une situation visée par le par. 15(1) de la *LPE* et que Castonguay avait en conséquence l'obligation de signaler l'incident au ministère de l'Environnement. Le juge Blair, dissident, n'a constaté aucune violation du par. 15(1) dans les circonstances de la présente affaire. Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que Castonguay était tenue de signaler l'incident.

Analyse

[9] La *LPE* est la principale loi ontarienne en matière de protection de l'environnement. Comme elle constitue une loi réparatrice, elle doit recevoir une interprétation généreuse (*Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 84). En outre, comme notre Cour l'a établi dans l'affaire *Canadien Pacifique*, la protection de l'environnement est un sujet complexe — en effet, l'environnement lui-même et la vaste gamme d'activités susceptibles d'en causer la dégradation ne se prêtent pas aisément à une codification précise (par. 43). Par conséquent, les lois protégeant l'environnement reposent sur l'application d'une approche générale, qui permet de réagir adéquatement « à une vaste gamme d'atteintes environnementales, y compris celles qui n'ont peut-être même pas été envisagées par leurs rédacteurs » (par. 43). Parce que l'objectif poursuivi par le législateur est la protection de l'environnement, la portée voulue de ces lois est large et profonde (par. 84).

[10] L'objectif général de la *LPE* est énoncé à l'art. 3 : « La présente loi a pour objet d'assurer la protection et la conservation de l'environnement naturel. » La notion d'« environnement naturel » est définie ainsi au par. 1(1) : « Air, terrain et eau ou toute combinaison ou partie de ces éléments qui sont compris dans la province de l'Ontario. » La *LPE* protège également les personnes qui *utilisent* l'environnement naturel en protégeant la santé des humains, les végétaux, les animaux et les biens. Dans *R. c. Dow Chemical Canada Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 577 (C.A.), le juge MacPherson a d'ailleurs bien résumé cet objectif comme étant [TRADUCTION] « la protection de l'environnement naturel et des personnes qui y vivent, travaillent et jouent » (par. 49).

[11] The *EPA* seeks to achieve its goal of protecting the natural environment and those who use it through a series of regulations, prohibitions and reporting requirements. It also provides for a wide range of inspection, enforcement, preventative and remedial powers, such as the authority to issue control orders (s. 7), stop orders (s. 8), orders requiring the repair of damage (s. 17), preventative measure orders requiring steps to ensure that a discharge does not occur or recur (s. 18), or contravention orders requiring a discharger to take compliance steps (s. 157).

[12] One of the means by which the *EPA* promotes its protective and preventative purposes is through the prohibition in s. 14(1) against discharging a contaminant into the natural environment where it is likely to have an adverse effect, and the related requirement in s. 15(1) that any such discharge which is out of the normal course of events be reported to the Ministry of the Environment.

[13] The issue in this appeal is the proper interpretation of the reporting requirement in s. 15(1). This provision states:

15.—(1) Every person who discharges a contaminant or causes or permits the discharge of a contaminant into the natural environment shall forthwith notify the Ministry if the discharge is out of the normal course of events, the discharge causes or is likely to cause an adverse effect and the person is not otherwise required to notify the Ministry under section 92.

[14] The terms “discharge”, “contaminant”, “natural environment” and “adverse effect” are defined in s. 1(1) of the *EPA*, as follows:

“**natural environment**” means the air, land and water, or any combination or part thereof, of the Province of Ontario;

[11] La *LPE* cherche à réaliser son objectif de protection de l’environnement naturel et des personnes qui l’utilisent au moyen d’un ensemble de règlements, d’interdictions et d’obligations de signalement. Elle prévoit également un large éventail de pouvoirs en matière d’inspection, de mise en application de la loi, de prévention et de réparation, comme le pouvoir de prendre des arrêtés d’intervention (art. 7), de suspension immédiate (art. 8), des ordonnances de réparation des dommages (art. 17), de prise de mesures préventives précisant celles qui doivent être appliquées pour empêcher qu’un rejet ne se produise ou ne se produise de nouveau (art. 18), ou des arrêtés constatant une violation de la loi et ordonnant à l’auteur de la violation de prendre des mesures pour se conformer à la loi (art. 157).

[12] L’un des moyens par lesquels la *LPE* tend à l’atteinte de ses objectifs de protection et de prévention réside dans l’interdiction, énoncée au par. 14(1), de rejeter dans l’environnement naturel un contaminant qui causera vraisemblablement une conséquence préjudiciable, et dans l’obligation connexe, prévue au par. 15(1), d’aviser le ministère de l’Environnement d’un tel rejet s’il est accompli en dehors du cours normal des événements.

[13] La question soulevée dans le présent pourvoi concerne l’interprétation qu’il convient de donner à l’obligation de signalement que prévoit le par. 15(1). Cette disposition est rédigée comme suit :

15.—(1) Quiconque rejette un contaminant dans l’environnement naturel, ou permet ou fait en sorte que cela se fasse, en avise sans délai le ministère si un tel acte est accompli en dehors du cours normal des événements, s’il cause ou causera vraisemblablement une conséquence préjudiciable et si la personne qui l’accomplit n’est pas tenue par ailleurs d’aviser le ministère aux termes de l’article 92.

[14] Les termes « rejet », « rejeter », « contaminant », « environnement naturel » et « conséquence préjudiciable » sont définis comme suit au par. 1(1) de la *LPE* :

« **environnement naturel** » Air, terrain et eau ou toute combinaison ou partie de ces éléments qui sont compris dans la province de l’Ontario.

“**discharge**”, when used as a verb, includes add, deposit, leak or emit and, when used as a noun, includes addition, deposit, emission or leak;

“**contaminant**” means any solid, liquid, gas, odour, heat, sound, vibration, radiation or combination of any of them resulting directly or indirectly from human activities that causes or may cause an adverse effect;

“**adverse effect**” means one or more of,

- (a) impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it,
- (b) injury or damage to property or to plant or animal life,
- (c) harm or material discomfort to any person,
- (d) an adverse effect on the health of any person,
- (e) impairment of the safety of any person,
- (f) rendering any property or plant or animal life unfit for human use,
- (g) loss of enjoyment of normal use of property, and
- (h) interference with the normal conduct of business;

[15] Castonguay conceded that the discharge of fly-rock caused property damage, but argued that injury or damage to private property alone is insufficient to engage the reporting requirement. Since the discharge did not impair the natural environment — the air, land or water — Castonguay was not required to report the incident to the Ministry.

[16] Castonguay’s argument is, in essence, an argument that while the definition of “adverse effect” has eight components — paras. (a) to (h) — para. (a) is an umbrella clause. In other words, there *must* be, in the language of para. (a), “impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it” before

« **rejet** » S’entend en outre d’un ajout, d’un dépôt, d’une perte ou d’une émission; le verbe « **rejetter** » s’entend en outre d’ajouter, de déposer, de perdre ou d’émettre.

« **contaminant** » Solide, liquide, gaz, son, odeur, chaleur, vibration, radiation ou combinaison de ces éléments qui proviennent, directement ou indirectement, des activités humaines et qui ont ou peuvent avoir une conséquence préjudiciable.

« **conséquence préjudiciable** » L’une ou plusieurs des conséquences suivantes :

- a) la dégradation de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait;
- b) le tort ou les dommages causés à des biens, des végétaux ou des animaux;
- c) la nuisance ou les malaises sensibles causés à quiconque;
- d) l’altération de la santé de quiconque;
- e) l’atteinte à la sécurité de quiconque;
- f) le fait de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l’usage des êtres humains;
- g) la perte de jouissance de l’usage normal d’un bien;
- h) le fait d’entraver la marche normale des affaires.

[15] Castonguay a concédé que le rejet des éclats de roc avait causé des dommages à des biens, mais a plaidé que le tort ou les dommages causés à une propriété privée ne suffisent pas à eux seuls à déclencher l’application de l’obligation de signalement. Et donc, que comme le rejet n’a pas dégradé l’environnement naturel — à savoir l’air, le terrain ou l’eau —, elle n’était pas tenue de signaler l’incident au ministère.

[16] Essentiellement, l’argument de Castonguay consiste à dire que, quoique la définition de « conséquence préjudiciable » comporte huit éléments — les al. a) à h) — l’al. a) constitue une exigence applicable dans tous les cas. En d’autres mots, il *doit* exister, comme le prévoit cet alinéa, une « dégradation de la qualité de l’environnement

any of the other seven elements come into play. They are not stand-alone elements and only constitute an “adverse effect” if they are accompanied by the impairment to the quality of the natural environment set out in para. (a). An adverse effect as defined in paras. (b) through (h) *without* any accompanying impairment to the quality of the natural environment under para. (a) will not be sufficient to trigger s. 15(1).

[17] The Minister of the Environment, on the other hand, argued that if the discharge caused or was likely to cause *one or more of* the adverse effects listed in paras. (a) to (h) of the statutory definition, the obligation to report the discharge of a contaminant under s. 15(1) materializes. Each of the eight listed components is a separate impact that can trigger the requirement to report.

[18] The Minister’s position is demonstrably supported by the language of s. 15(1) and the relevant definitions in the *EPA*. The purpose of the reporting requirement in s. 15(1) is to ensure that it is the Ministry of the Environment, and not the discharger, who decides what, if any, further steps are required. When a contaminant is discharged, the discharger may not know the full extent of the damage caused or, in the words of s. 15(1), likely to be caused. Moreover, many potential harms such as harm to human health, or injury to plants and animals, and even impairment of the natural environment, may be difficult to detect without the expertise and resources of the Ministry. As a result, the statute places both the obligation to investigate and the decision about what further steps are necessary with the Ministry and not the discharger.

[19] Notification provides the Ministry with the opportunity to conduct an inspection as quickly

naturel relativement à tout usage qui peut en être fait » avant que l’un des sept autres éléments puisse entrer en jeu. Ceux-ci ne seraient pas des éléments indépendants et ils ne constitueraient une « conséquence préjudiciable » que s’ils s’accompagnent d’une dégradation de la qualité de l’environnement naturel prévue à l’al. a). Pour cette raison, une conséquence préjudiciable définie aux al. b) à h), *qui ne serait pas* accompagnée de la dégradation de la qualité de l’environnement naturel visée à l’al. a), ne suffirait pas pour déclencher l’application du par. 15(1).

[17] Le ministre de l’Environnement a pour sa part plaidé que, si un rejet cause ou peut vraisemblablement causer *une ou plusieurs des* conséquences préjudiciables énumérées aux al. a) à h) de la définition énoncée dans la loi, l’obligation que fait le par. 15(1) de signaler le rejet d’un contaminant se matérialise alors. Chacun des huit éléments du paragraphe constitue une conséquence distincte, susceptible de faire naître l’obligation de signalement.

[18] Le texte du par. 15(1) et les définitions pertinentes de la *LPE* appuient manifestement la thèse du ministre. L’obligation de signalement prescrite par le par. 15(1) a pour but de faire en sorte que ce soit le ministère de l’Environnement, et non l’auteur du rejet, qui décide si des mesures supplémentaires sont requises et, dans l’affirmative, lesquelles. Lors du rejet d’un contaminant, il est possible que l’auteur ne connaisse pas toute l’ampleur des dommages qui sont causés ou qui, comme le dit le par. 15(1), peuvent vraisemblablement être causés. En outre, de nombreuses nuisances éventuelles, par exemple des atteintes à la santé humaine ou le tort aux végétaux ou aux animaux, et même la dégradation de l’environnement naturel, peuvent être difficiles à détecter sans l’expertise et les ressources dont dispose le ministère. En conséquence, la loi confère au ministère, et non à l’auteur du rejet, l’obligation d’enquêter ainsi que le pouvoir de décider des mesures supplémentaires qui sont nécessaires.

[19] La réception de l’avis prescrit donne au ministère la possibilité de procéder aussi rapidement

as possible and to obtain information in order to take any necessary remedial action and to fulfill its statutory mandate. This enables the Ministry to respond in a timely way to the discharge of a contaminant into the natural environment and to be involved in determining what, if any, preventative or remedial measures are appropriate.

[20] As the interveners Canadian Environmental Law Association and Lake Ontario Waterkeeper pointed out in their joint factum, s. 15(1) is also consistent with the precautionary principle. This emerging international law principle recognizes that since there are inherent limits in being able to determine and predict environmental impacts with scientific certainty, environmental policies must anticipate and prevent environmental degradation (O. McIntyre and T. Mosedale, “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law” (1997), 9 *J. Envtl. L.* 221, at pp. 221-22; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at paras. 30-32). Section 15(1) gives effect to the concerns underlying the precautionary principle by ensuring that the Ministry of the Environment is notified and has the ability to respond once there has been a discharge of a contaminant out of the normal course of events, without waiting for proof that the natural environment has, in fact, been impaired.

[21] Parsing the language of s. 15(1) illuminates its clear preventative and protective purposes. First, a person must discharge a *contaminant*. Second, the contaminant must be discharged *into the natural environment*. Third, the discharge must be *out of the normal course of events*. Fourth, the discharge must be one that *causes or is likely to cause an adverse effect*. Finally, the person must not be otherwise required to notify the Ministry under s. 92, which refers to the spill of pollutants from a structure, vehicle or container and is therefore not applicable to the circumstances of this case.

que possible à une inspection et d’obtenir des renseignements en vue de prendre toutes les mesures réparatrices nécessaires et de s’acquitter du mandat que lui confie la loi. Ce processus lui permet également de réagir en temps utile au rejet d’un contaminant dans l’environnement naturel et de participer à la détermination, s’il y a lieu, des mesures préventives ou réparatrices appropriées.

[20] Comme le soulignent dans leur mémoire conjoint les intervenantes l’Association canadienne du droit de l’environnement et Lake Ontario Waterkeeper, le par. 15(1) est également compatible avec le principe de précaution. Ce principe émergent en droit international reconnaît en effet que, parce qu’il est intrinsèquement difficile de déterminer et de prédire avec une certitude scientifique les répercussions environnementales, les politiques en la matière doivent anticiper et prévenir les dégradations environnementales (O. McIntyre et T. Mosedale, « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997), 9 *J. Envtl. L.* 221, p. 221-222; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 30-32). Le paragraphe 15(1) répond aux préoccupations à la base du principe de précaution en faisant en sorte que le ministère de l’Environnement soit avisé et ait la possibilité de réagir dès qu’il y a eu rejet de contaminants en dehors du cours normal des événements, sans qu’il soit nécessaire d’attendre la preuve d’une dégradation effective de l’environnement naturel.

[21] L’analyse grammaticale du texte du par. 15(1) fait bien ressortir les objectifs limpides de prévention et de protection qu’il vise. En premier lieu, il faut qu’une personne rejette un *contaminant*. Deuxièmement, ce contaminant doit être rejeté *dans l’environnement naturel*. Troisièmement, le rejet doit être accompli *en dehors du cours normal des événements*. Quatrièmement, il faut que ce soit un rejet qui *cause ou causera vraisemblablement une conséquence préjudiciable*. Enfin, l’auteur du rejet ne doit pas être par ailleurs tenu d’aviser le ministère conformément à l’art. 92; cet article vise le déversement de polluants à partir d’un ouvrage, d’un véhicule ou d’un contenant, et il ne s’applique donc pas dans les circonstances de l’espèce.

[22] Taking each phrase in turn, the full scope of the reporting requirement is revealed. Section 15(1) applies to the discharge of “contaminant[s]” as defined by the *EPA*. The definition of contaminant in s. 1(1) of the *EPA* includes “any solid liquid, gas, odour, heat, sound, vibration, radiation or combination of any of them resulting directly or indirectly from human activities that causes or may cause an adverse effect”. The reference to human activities in the definition of contaminant, when read in the context of s. 15 and the *EPA* as a whole, recognizes that the *EPA* applies only to those activities which engage the natural environment — the air, land or water in the province. This ensures that the definition of contaminant and s. 15 of the *EPA* maintain a nexus to the statutory objective of environmental protection.

[23] The discharge must be *into the natural environment*, defined as the air, land and water of Ontario. Section 15(1) does not impose any restrictions on the length of time the contaminant remains in the natural environment, nor does it require that the contaminant become part of the natural environment.

[24] Only discharges that are *out of the normal course of events* are required to be reported to the Ministry. This restricts the application of s. 15(1) by excluding many everyday, routine activities. Although driving a car, for example, discharges fumes into the natural environment, the discharge is not out of the normal course of events and no report to the Ministry is required.

[25] The key, in my view, to understanding s. 15(1) is that the discharge of the contaminant caused or was likely to cause an “adverse effect”. As previously noted, adverse effect is defined as:

[22] L’examen de chacune de ces expressions à tour de rôle révèle toute la portée de l’obligation de signalement. Le paragraphe 15(1) s’applique au rejet de « contaminant[s] » au sens de la *LPE*. Le mot « contaminant » est défini ainsi au par. 1(1) de la *LPE* : « Solide, liquide, gaz, son, odeur, chaleur, vibration, radiation ou combinaison de ces éléments qui proviennent, directement ou indirectement, des activités humaines et qui ont ou peuvent avoir une conséquence préjudiciable. » La mention de l’expression activités humaines dans la définition de contaminant, lorsqu’elle est considérée dans le contexte de l’art. 15 et de la *LPE* dans son ensemble, indique que la *LPE* ne s’applique qu’aux activités touchant l’environnement naturel — l’air, le terrain et l’eau dans la province. Cela permet de rattacher la définition de contaminant et l’art. 15 de la *LPE* à l’objectif de la loi, c’est-à-dire la protection de l’environnement.

[23] Il doit s’agir d’un rejet *dans l’environnement naturel*, expression définie comme étant l’air, le terrain et l’eau en Ontario. Le paragraphe 15(1) n’impose aucune restriction quant à la durée de la présence du contaminant dans l’environnement naturel et il n’exige pas non plus que le contaminant s’y intègre.

[24] L’obligation de signaler un rejet au ministère vise seulement les rejets accomplis *en dehors du cours normal des événements*. Cette précision a pour effet de restreindre le champ de l’application du par. 15(1) du fait qu’elle exclut de celui-ci de nombreuses activités courantes de la vie quotidienne. Par exemple, bien que la conduite d’une automobile entraîne le rejet de gaz d’échappement dans l’environnement naturel, un tel rejet n’est pas accompli en dehors du cours normal des événements et, en conséquence, aucun avis au ministère n’est requis à cet égard.

[25] Selon moi, le facteur clé pour bien comprendre le par. 15(1) est la condition requérant que le rejet du contaminant ait causé ou causerait vraisemblablement une « conséquence préjudiciable ». Comme je l’ai souligné précédemment, l’expression conséquence préjudiciable est définie ainsi :

“**adverse effect**” means one or more of,

- (a) impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it,
- (b) injury or damage to property or to plant or animal life,
- (c) harm or material discomfort to any person,
- (d) an adverse effect on the health of any person,
- (e) impairment of the safety of any person,
- (f) rendering any property or plant or animal life unfit for human use,
- (g) loss of enjoyment of normal use of property, and
- (h) interference with the normal conduct of business;

[26] There is already a jurisprudential trail from this Court and the Ontario Court of Appeal to guide our interpretation. In *Canadian Pacific*, this Court considered an earlier version of the *EPA*, which did not specifically mention the term “adverse effect”. The appeal focused on what was then s. 13(1) of the *EPA*, R.S.O. 1980, c. 141, which stated:

13.—(1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, no person shall deposit, add, emit or discharge a contaminant or cause or permit the deposit, addition, emission or discharge of a contaminant into the natural environment that,

- (a) causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it;
- (b) causes or is likely to cause injury or damage to property or to plant or animal life;
- (c) causes or is likely to cause harm or material discomfort to any person;

« **conséquence préjudiciable** » *L'une ou plusieurs des conséquences suivantes :*

- a) la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait;
- b) le tort ou les dommages causés à des biens, des végétaux ou des animaux;
- c) la nuisance ou les malaises sensibles causés à quiconque;
- d) l'altération de la santé de quiconque;
- e) l'atteinte à la sécurité de quiconque;
- f) le fait de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains;
- g) la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien;
- h) le fait d'entraver la marche normale des affaires.

[26] Il existe déjà un certain nombre de décisions de notre Cour et de la Cour d'appel de l'Ontario susceptibles de guider notre interprétation. Ainsi, dans l'arrêt *Canadien Pacifique*, notre Cour a examiné une version antérieure de la *LPE*, qui ne comportait pas expressément l'expression « conséquence préjudiciable ». Le pourvoi portait principalement sur l'ancien par. 13(1) de la *LPE*, L.R.O. 1980, ch. 141, qui était rédigé en ces termes :

[TRADUCTION]

13.—(1) Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit déposer, ajouter, émettre ou rejeter un contaminant, ou causer ou permettre le dépôt, l'ajout, l'émission ou le rejet dans l'environnement naturel d'un contaminant qui

- (a) cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait;
- (b) cause ou risque de causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux;
- (c) cause ou risque de causer de la nuisance ou des malaises sensibles à quiconque;

- | | |
|---|--|
| <p>(d) adversely affects or is likely to adversely affect the health of any person;</p> <p>(e) impairs or is likely to impair the safety of any person;</p> <p>(f) renders or is likely to render any property or plant or animal life unfit for use by man;</p> <p>(g) causes or is likely to cause loss of enjoyment of normal use of property; or</p> <p>(h) interferes or is likely to interfere with the normal conduct of business.</p> | <p>(d) cause ou risque de causer l'altération de la santé de quiconque;</p> <p>(e) cause ou risque de causer l'atteinte à la sécurité de quiconque;</p> <p>(f) rend ou risque de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains;</p> <p>(g) cause ou risque de causer la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien;</p> <p>(h) entrave ou risque d'entraver la marche normale des affaires.</p> |
|---|--|

[27] The first part of s. 13(1) is now s. 14(1).¹ Paragraphs (a) to (h) now form part of the definition of “adverse effect” found in s. 1(1) of the *EPA*.

[27] La première partie du par. 13(1) constitue maintenant le par. 14(1)¹. Quant aux al. (a) à (h), ils sont maintenant intégrés à la définition de « conséquence préjudiciable » figurant au par. 1(1) de la *LPE*.

[28] The issue in *Canadian Pacific* was whether the words “for any use that can be made of it” in para. (a) of s. 13(1) were unconstitutionally vague or overbroad. Although the Court’s reasoning was focused on the constitutional issues raised in that case, the Court made several statements about the interpretation of s. 13(1)(a) of the *EPA* which are helpful in resolving the interpretive issue in this appeal. Notably, in finding that the provision was neither vague nor overbroad, Gonthier J., writing for the majority, held that the application of s. 13(1)(a) was confined to the discharge of contaminants that cause, or are likely to cause, *non-trivial* impairment of the quality of the natural environment for any use that could be made of it.

[28] La question qui se posait dans l’arrêt *Canadien Pacifique* était de savoir si les mots « relativement à tout usage qui peut en être fait » utilisés à l’al. 13(1)(a) étaient imprécis ou de portée excessive sur le plan constitutionnel. Bien que, dans son raisonnement, la Cour se soit attachée aux questions constitutionnelles que soulevait cette affaire, elle a tout de même formulé plusieurs observations concernant l’interprétation de l’al. 13(1)(a) de la *LPE* qui sont utiles pour résoudre les questions d’interprétation du présent pourvoi. En particulier, en décidant que cette disposition n’était ni imprécise ni de portée excessive, le juge Gonthier, qui a rédigé les motifs de la majorité, a conclu que l’application de l’al. 13(1)(a) ne visait que le rejet de contaminants causant ou risquant de causer une dégradation *non négligeable* de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait.

[29] Lamer C.J., in concurring reasons which were not endorsed by the majority, was of the view

[29] Dans des motifs concordants auxquels n’a toutefois pas souscrit la majorité, le juge en chef

¹ Section 14(1) of the *EPA* states:

14. (1) Subject to subsection (2) but despite any other provision of this Act or the regulations, a person shall not discharge a contaminant or cause or permit the discharge of a contaminant into the natural environment, if the discharge causes or may cause an adverse effect.

¹ Le paragraphe 14(1) de la *LPE* est libellé comme suit :

14. (1) Sous réserve du paragraphe (2), mais malgré toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, nul ne doit rejeter un contaminant dans l’environnement naturel ou permettre ou faire en sorte que cela se fasse si le rejet cause ou peut causer une conséquence préjudiciable.

that para. (a) should be interpreted as an umbrella clause so that harm to the quality of the natural environment was independently required before the rest of the provisions in paras. (b) to (h) of s. 13(1) were engaged.

[30] Castonguay advocates that we adopt the minority approach of Lamer C.J. in *Canadian Pacific*. This, with respect, is an argument that cannot survive the amended language in the *EPA* after *Canadian Pacific* was decided. The most significant change to the *EPA* was the creation of a separate statutory definition of “adverse effect”. The definition included the words “means one or more of” the eight components set out in paras. (a) through (h). None of these components is said to be an overriding requirement, and each is stated to be an adverse effect. As a result, all eight branches of “adverse effect” provide independent triggers for liability. Castonguay’s interpretation reads out these crucial legislative directives that *each* effect is deemed to be adverse.

[31] To interpret “adverse effect” restrictively not only reads out the plain and obvious meaning of the definition, it narrows the scope of the reporting requirement, thereby restricting its remedial capacity and the Ministry’s ability to fulfill its statutory mandate.

[32] *Canadian Pacific* was interpreted and applied by the Ontario Court of Appeal in *Dow Chemical*. In that case, Dow Chemical, like Castonguay, argued that, in order to establish an adverse effect under the *EPA*, “impairment of the quality of the natural environment” under para. (a) *must* be made out *in addition* to any of the other effects set out

Lamer a conclu que l’al. (a) devait être considéré comme une exigence applicable dans tous les cas, de telle sorte qu’il fallait d’abord conclure, de façon indépendante, à l’existence d’un préjudice causé à la qualité de l’environnement naturel avant de pouvoir prendre en compte les autres dispositions, soit les al. (b) à (h) du par. 13(1).

[30] Pour sa part, Castonguay nous demande de retenir la démarche de la minorité qu’a formulée le juge en chef Lamer dans *Canadien Pacifique*. Avec égards, cet argument ne saurait être adopté compte tenu des modifications apportées au libellé de la *LPE* postérieurement à l’arrêt *Canadien Pacifique*. La modification la plus importante au texte de la *LPE* fut la création d’une définition législative particulière du terme « conséquence préjudiciable ». Cette définition comportait les mots « [l]’une ou plusieurs des » avant l’énumération des huit situations décrites aux al. a) à h). Rien ne précise que l’une d’elles représente une exigence impérative, et chacune est présentée comme étant une conséquence préjudiciable. Par conséquent, chacune des huit formes de la notion de « conséquence préjudiciable » constitue une source autonome de responsabilité. L’interprétation préconisée par Castonguay fait abstraction de ces directives cruciales du législateur selon lesquelles *chaque* conséquence est réputée préjudiciable.

[31] Le fait d’interpréter restrictivement l’expression « conséquence préjudiciable » a non seulement pour effet d’écarter le sens évident et manifeste de la définition, mais également de restreindre la portée de l’obligation de signalement, limitant en conséquence la capacité réparatrice de cette obligation ainsi que la capacité du ministère de s’acquitter du mandat que lui confie la loi.

[32] Dans *Dow Chemical*, la Cour d’appel de l’Ontario a interprété et appliqué l’arrêt *Canadien Pacifique*. À l’instar de Castonguay, Dow Chemical prétendait que, pour démontrer l’existence d’une conséquence préjudiciable sous le régime de la *LPE*, il était *nécessaire* d’établir « la dégradation de la qualité de l’environnement naturel » prévue à

in paras. (b) through (h). MacPherson J.A. rejected this approach, concluding instead that

[paragraph] (a) is just one of eight defined adverse effects. It relates to the natural environment, which is defined in the Act as “the air, land and water” (s. 1(1)). The other seven [paragraphs] set out other forms of adverse effect. Some relate to plants and animals ([paras.] (b) and (f)); some relate to people ([paras.] (c), (d) and (f)) and their property ([para.] (g)) and business ([para.] (h)). [para. 29]

[33] Applying Gonthier J.’s language in *Canadian Pacific*, MacPherson J.A. accepted that each of the eight enumerated adverse effects must be more than trivial but that any of them was sufficient to satisfy the definition (para. 30).

[34] The effects set out in paras. (a) to (h) are designed to capture a broad range of impacts. Some are limited to impacts on animals, people or property and do not require any impairment of the air, land or water in Ontario. Since the *EPA* protects the natural environment *and those who use it*, this is consistent with the broader protections the *EPA* was intended to provide. Paragraphs (a) through (h) also reflect a statutory recognition that protecting the natural environment requires, among other strategies, maximizing the circumstances in which the Ministry of the Environment may investigate and remedy environmental harms, including those identified in paras. (a) to (h).

[35] Moreover, it is important to note that the words “adverse effect” appear in many provisions of the *EPA*. Sections 6, 14, 18, 91.1, 93, 94, 97, 132, 156, 157.1, and 188.1 deal with a range of environmental concerns such as when an order to take preventative measures may be issued or the development of spill prevention and contingency plans. Restricting the definitional scope of “adverse effect” would therefore also limit the scope of the *EPA*’s protective and preventative capacities and,

l’al. a), *en plus* de l’une ou l’autre des conséquences énoncées aux al. b) à h). Le juge MacPherson a rejeté cette thèse, concluant plutôt ainsi :

[TRADUCTION] L’alinéa (a) ne constitue que l’une des huit conséquences préjudiciables définies. Il porte sur l’environnement naturel, qui est défini dans la Loi comme étant « [l’]air, [le] terrain et [l’]eau » (par. 1(1)). Les sept autres alinéas précisent d’autres formes de conséquences préjudiciables. Certaines ont trait aux végétaux et aux animaux (al. (b) et (f)), alors que d’autres concernent les personnes (al. (c), (d) et (f)), leurs biens (al. (g)) et leurs affaires (al. (h)). [par. 29]

[33] Appliquant les propos du juge Gonthier dans l’arrêt *Canadien Pacifique*, le juge MacPherson a reconnu que chacune des huit conséquences préjudiciables devait être plus que négligeable, mais par ailleurs que l’existence de n’importe laquelle de ces conséquences suffisait pour satisfaire à la définition (par. 30).

[34] Les conséquences énoncées aux al. a) à h) visent à couvrir un large éventail de répercussions. Certaines se limitent aux répercussions sur les animaux, les personnes ou les biens et ne requièrent pas de dégradation de l’air, du terrain ou de l’eau en Ontario. Comme la *LPE* protège l’environnement naturel *et quiconque en fait usage*, tout cela est compatible avec les mesures de protection plus étendues qu’elle a pour but d’offrir. Les alinéas a) à h) montrent également que la loi reconnaît que la protection de l’environnement naturel exige, entre autres stratégies, de maximiser l’éventail des circonstances dans lesquelles le ministère de l’Environnement peut enquêter sur les nuisances environnementales et y remédier, notamment celles précisées aux al. a) à h).

[35] Qui plus est, il importe de signaler que l’expression « conséquence préjudiciable » figure dans un grand nombre de dispositions de la *LPE*. Ainsi, les art. 6, 14, 18, 91.1, 93, 94, 97, 132, 156, 157.1 et 188.1 traitent d’une gamme de préoccupations environnementales, par exemple les circonstances dans lesquelles peut être pris un arrêté ordonnant la mise en place de mesures préventives, ou encore l’élaboration de plans de prévention et de plans d’urgence en matière de

consequently, the Ministry's ability to respond to the broad purposes of the statute.

[36] In summary, the requirement to report “forthwith” in s. 15(1) of the *EPA* is engaged where the following elements are established:

- i. a “contaminant” is discharged;
- ii. the contaminant is discharged into the natural environment (the air, land and water or any combination or part thereof, of the Province of Ontario);
- iii. the discharge is out of the normal course of events;
- iv. the discharge causes, *or is likely to cause*, an adverse effect, namely one or more of the effects listed in paras. (a) to (h) of the definition;
- v. the adverse effect or effects are not trivial or minimal; and
- vi. the person is not otherwise required to notify the Ministry under s. 92, which addresses the spill of pollutants.

[37] Applying these elements to this case, s. 15(1) was clearly engaged. Castonguay “discharged” fly-rock, large pieces of rock created by the force of a blast, into the “natural environment”. There is also no doubt that fly-rock meets the definition of “contaminant”. The discharge in this case was “out of the normal course of events” — it was an accidental consequence of Castonguay's blasting operation. Had the blast been conducted routinely, the fly-rock would not have been thrust into the air.

déversements. Limiter la portée de la définition de « conséquence préjudiciable » aurait donc aussi pour effet de restreindre la portée des moyens dont la *LPE* permet la mise en œuvre en matière de prévention et de protection et, par conséquent, la capacité du ministère de réaliser les objectifs généraux de la loi.

[36] En résumé, l'obligation de donner « sans délai » l'avis prescrit par le par. 15(1) de la *LPE* entre en jeu lorsque les éléments suivants sont établis :

- i. un « contaminant » est rejeté;
- ii. le contaminant est rejeté dans l'environnement naturel (l'air, le terrain et l'eau, ou toute combinaison ou partie de ces éléments qui sont compris dans la province de l'Ontario);
- iii. le rejet est accompli en dehors du cours normal des événements;
- iv. le rejet cause *ou causera vraisemblablement* une conséquence préjudiciable, à savoir une ou plusieurs des conséquences énoncées aux al. a) à h) de la définition;
- v. la ou les conséquences préjudiciables ne sont ni négligeables ni minimales;
- vi. la personne concernée n'est pas tenue par ailleurs d'aviser le ministère conformément à l'art. 92, lequel vise le déversement de polluants.

[37] Il ressort de l'application de ces éléments à la présente affaire que le par. 15(1) entraine manifestement en jeu en l'espèce. Castonguay « a rejeté » dans « l'environnement naturel » des éclats de roc, soit de gros morceaux de roc créés par la force d'une explosion. Il ne fait aucun doute que ces éclats de roc sont visés par la définition de « contaminant ». En l'espèce, le rejet a été accompli « en dehors du cours normal des événements » — il s'agissait d'une conséquence accidentelle des activités de dynamitage menées par Castonguay. Si le dynamitage s'était déroulé de façon routinière, les éclats de roc n'auraient pas été projetés dans l'air.

[38] Finally, the discharge of fly-rock caused an “adverse effect” under paras. (b) and (g) of the definition, namely, it caused injury or damage to property and loss of enjoyment of the normal use of the property. Because the reporting requirement is also engaged when the discharge is “likely to cause an adverse effect”, para. (e) is also applicable since the potential existed for “impairment of the safety of any person”.

[39] The adverse effects were not trivial. The force of the blast, and the rocks it produced, were so powerful they caused extensive and significant property damage, penetrating the roof of a residence and landing in the kitchen. A vehicle was also seriously damaged. The fly-rock could easily have seriously injured or killed someone.

[40] Accordingly, s. 15(1) of the *EPA* applied and Castonguay was required to report the discharge of fly-rock forthwith to the Ministry of the Environment.

[41] I would therefore dismiss the appeal. In accordance with the Minister of the Environment’s request, there will be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Markham; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the interveners: Canadian Environmental Law Association, Toronto.

[38] Enfin, le rejet d’éclats de roc a causé une « conséquence préjudiciable » au sens des al. b) et g) de la définition, c’est-à-dire qu’il a causé un tort ou des dommages à des biens et la perte de jouissance de l’usage normal de ces biens. Comme l’obligation de signalement entre également en jeu lorsque le rejet « causera vraisemblablement une conséquence préjudiciable », l’al. e) est lui aussi applicable, puisqu’il existait une possibilité d’« atteinte à la sécurité de quiconque ».

[39] Les conséquences préjudiciables n’étaient pas négligeables. La force de l’explosion et les éclats de roc qu’elle a produits étaient si puissants que d’importants dommages aux biens ont été causés, les éclats ayant en effet traversé le toit d’une résidence et fini leur course dans la cuisine. Un véhicule en outre a été gravement endommagé. Les éclats de roc auraient pu facilement blesser sérieusement une personne ou la tuer.

[40] En conséquence, le par. 15(1) de la *LPE* s’appliquait et Castonguay était tenue de signaler sans délai au ministère de l’Environnement le rejet des éclats de roc.

[41] Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi. Conformément à la demande du ministre de l’Environnement, aucune ordonnance n’est rendue concernant les dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelante : Miller Thomson, Markham; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur des intervenantes : Association canadienne du droit de l’environnement, Toronto.

**Brian Cuthbertson and
Gordon Rubinfeld** *Appellants*

v.

**Hassan Rasouli, by his Litigation Guardian
and Substitute Decision-Maker,
Parichehr Salasel** *Respondent*

and

**Consent and Capacity Board,
Euthanasia Prevention Coalition,
Canadian Critical Care Society,
Canadian Association of Critical Care Nurses,
Advocacy Centre for the Elderly,
ARCH Disability Law Centre, Mental Health
Legal Committee, HIV & AIDS Legal
Clinic Ontario and Evangelical Fellowship
of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CUTHBERTSON v. RASOULI
2013 SCC 53**

File No.: 34362.

2012: December 10; 2013: October 18.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

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

Health law — Consent to withdrawal of treatment — Health practitioners — Physicians seeking to remove life support and provide palliative care to unconscious patient on basis that all appropriate treatments exhausted and continuation of life support of no medical benefit — Patient’s substitute decision-maker disagreeing and refusing to provide consent — Whether withdrawal of treatment constitutes “treatment” under Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A — Whether consent regime under Act governs withdrawal of life support and therefore consent required — Whether substitute decision-maker’s refusal to provide consent must be challenged before Consent and Capacity Board pursuant to the Act rather than in the courts under the

**Brian Cuthbertson et
Gordon Rubinfeld** *Appellants*

c.

**Hassan Rasouli, représenté par sa tutrice à
l’instance et mandataire spéciale,
Parichehr Salasel** *Intimé*

et

**Commission du consentement et de la capacité,
Coalition pour la prévention de l’euthanasie,
Société canadienne de soins intensifs,
Association canadienne des infirmiers/
infirmières en soins intensifs, Advocacy Centre
for the Elderly, ARCH Disability Law Centre,
Mental Health Legal Committee, HIV & AIDS
Legal Clinic Ontario et Alliance évangélique
du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CUTHBERTSON c. RASOULI
2013 CSC 53**

N° du greffe : 34362.

2012 : 10 décembre; 2013 : 18 octobre.

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

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

Droit de la santé — Consentement au retrait d’un traitement — Praticiens de la santé — Médecins souhaitant retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs à un patient inconscient au motif que tous les traitements appropriés ont été administrés et que le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique — La mandataire spéciale du patient n’est pas d’accord et refuse de donner son consentement — Le retrait d’un traitement constitue-t-il un « traitement » au sens de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A? — Le régime en matière de consentement prévu par la Loi s’applique-t-il au retrait du traitement de maintien de la vie de sorte

common law — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.

R is unconscious and has been on life support since October 2010. The physicians responsible for R's care believed that he was in a persistent vegetative state, that all appropriate treatments for his condition had been exhausted, and that there was no realistic hope for his medical recovery. In their opinion, continuing life support would not provide any medical benefit to R and may cause harm. They sought to remove his life support and to provide palliative care until his expected death. S, R's wife and substitute decision-maker ("SDM"), refused to provide her consent and applied to the Ontario Superior Court of Justice for an order restraining the physicians from withdrawing R from life support without her consent as required by the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A ("HCCA"), and directing that any challenge to her refusal of consent be made to the Consent and Capacity Board ("Board"). The physicians cross-applied for a declaration that consent is not required to withdraw life support where such treatment is futile, and that the Board has no jurisdiction to decide these issues.

The Superior Court of Justice granted S's application. The Ontario Court of Appeal upheld the order, finding that withdrawal of life support and administration of end-of-life palliative care were integrally linked and should be viewed as a "treatment package" requiring consent under the *HCCA*.

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

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ.: The consent regime imposed by the *HCCA* applies in this case. This legal framework, which aims at protecting patients' autonomy and medical interests, has been used to resolve end-of-life disputes in Ontario for 17 years. Access to this established regime should not be closed off, casting these matters back into the courts.

qu'un consentement est nécessaire? — Le refus de la mandataire spéciale de donner son consentement doit-il être contesté devant la Commission du consentement et de la capacité sous le régime de la Loi plutôt que devant les tribunaux sous le régime de la common law? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.

R est inconscient et est maintenu en vie artificiellement depuis octobre 2010. Les médecins chargés de s'occuper de lui ont conclu qu'il se trouvait dans un état végétatif persistant, qu'ils avaient administré tous les traitements qui convenaient à son état et qu'il n'y avait pas de véritable espoir pour son rétablissement. Selon eux, le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporterait aucun effet bénéfique pour R et pourrait plutôt avoir des effets néfastes. Ils souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs jusqu'à ce que survienne le décès prévu de leur patient. S, l'épouse et la mandataire spéciale de R, a refusé de donner son consentement et a demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une ordonnance interdisant aux médecins de retirer le traitement de maintien de la vie administré à R sans obtenir son consentement comme l'exige la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « *Loi* ») et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission du consentement et de la capacité (« *Commission* »). Dans une demande reconventionnelle, les médecins ont sollicité un jugement déclaratoire portant que le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie n'est pas obligatoire dans un tel cas de traitement inutile et que la *Commission* n'a pas compétence pour trancher ces questions.

La Cour supérieure de justice a accueilli la demande de S. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette ordonnance, concluant que le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration de soins palliatifs étaient intrinsèquement reliés et devaient être considérés comme « un traitement global » exigeant un consentement sous le régime de la *LCSS*.

Arrêt (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell : Le régime en matière de consentement prévu par la *LCSS* s'applique en l'espèce. Ce cadre juridique, qui vise à protéger l'autonomie du patient ainsi que ses intérêts sur le plan médical, sert depuis 17 ans en Ontario à trancher des différends concernant les décisions de fin de vie. Il ne faudrait

While the common law of consent to medical treatment works well for patients who have the capacity to decide on consent to treatment, that approach is problematic when a patient is incapable of appreciating the nature, purpose, and consequences of the proposed treatment. The *HCCA* sets out clear rules requiring consent before treatment can occur, identifying who can consent for an incapable patient, stating the criteria on which consent must be granted or refused, and creating a specialized body to settle disputes, including those between SDMs and physicians over consent regarding life support. Board decisions are subject to judicial review ensuring that the Board acts within its mandate and in accordance with the Constitution.

The appellant physicians argue that: (1) life support that is not “medically indicated” is not “treatment” under s. 2(1) of the *HCCA*; (2) in any event, the withdrawal of treatment does not itself constitute “treatment” and therefore does not require consent; and (3) requiring consent for withdrawal of life support will place them in an untenable ethical position. Reading the words of the statute in their ordinary sense and in their context, and having regard to the objects and scheme of the Act, those arguments cannot succeed. First, “treatment” and “health-related purpose” are not confined to procedures that are of medical benefit in the view of the patient’s medical caregivers. Rather, “treatment” is broadly defined as “anything that is done” for one of the enumerated purposes (therapeutic, preventive, palliative, diagnostic and cosmetic) or “other health-related purpose”. What the attending physician considers to be of “medical benefit” to the patient is a clinical term having legal implications for the physician’s standard of care. In contrast, “health-related purpose” is a legal term used in the *HCCA* to set limits on when actions taken by health practitioners will require consent. Additionally, in keeping the patient alive and forestalling death, life support arguably falls within “therapeutic” and “preventive” purposes listed in the definition of “treatment”. Inclusion of life support in that definition is also generally supported by the objects of the *HCCA*, by providing consistency with respect to consent, by protecting autonomy through the requirement of consent, and by providing a meaningful role in the consent process for the SDM — often a close family member. An interpretation of

pas bloquer l’accès à ce régime bien établi et renvoyer ces questions aux tribunaux. Bien que les règles de la common law relatives au consentement à un traitement médical s’appliquent bien dans le cas des patients capables de donner un tel consentement, cette approche pose problème lorsque le patient est incapable de comprendre la nature, l’objet et les conséquences du traitement proposé. La *LCSS* énonce des règles claires qui exigent le consentement avant qu’un traitement ne puisse être administré, désignent les personnes autorisées à donner le consentement pour le patient incapable, précisent les critères sur lesquels doivent être fondés le consentement ou son refus, et créent un organisme spécialisé pour régler les litiges, y compris ceux qui opposent les mandataires spéciaux et les médecins au sujet du consentement au traitement de maintien de la vie. Les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle judiciaire, ce qui assure qu’elle agisse dans les limites de son mandat et en conformité avec la Constitution.

Pour les médecins appelants : (1) le traitement de maintien de la vie qui n’est pas « indiqué sur le plan médical » ne constitue pas un « traitement » au sens du par. 2(1) de la *LCSS*; (2) de toute manière, le retrait d’un traitement ne constitue pas en soi un « traitement » et n’exige donc pas un consentement; et (3) l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie les placera dans une position éthique intenable. Compte tenu du sens ordinaire des termes de la Loi et de leur contexte ainsi que des objets de la Loi et de son esprit, ces arguments ne peuvent être retenus. Premièrement, les termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » ne visent pas uniquement les procédures qui ont un effet bénéfique sur le plan médical d’après les fournisseurs de soins du patient. Le « traitement » est plutôt défini en termes généraux et s’entend de « tout ce qui est fait » dans l’un des buts énumérés (thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou cosmétique) ou dans « un autre but relié au domaine de la santé ». Le traitement ayant, selon le médecin traitant, un « effet bénéfique » pour le patient renvoie à une notion clinique entraînant des conséquences juridiques en ce qui a trait à la norme de diligence applicable au médecin. Par contre, la notion juridique de « but relié au domaine de la santé » est utilisée dans la *LCSS* pour limiter les cas où les praticiens de la santé auront besoin d’un consentement. En outre, pour préserver la vie du patient et empêcher son décès, le traitement de maintien de la vie relève vraisemblablement d’un but « thérapeutique » et « préventif », au sens de la définition

“treatment” that is confined to what the medical caregiver considers to be of medical benefit to the patient would give these statutory purposes short shrift.

As to the physicians’ second argument, “treatment” in the *HCCA* is broadly defined and therefore should be understood as extending to withdrawal of life support in the situation at issue here and as that process is described in these proceedings. Withdrawal of life support aims at the health-related purpose of preventing suffering and indignity at the end of life, often entails physical interference with the patient’s body, and is closely associated with the provision of palliative care. By removing medical services that are keeping a patient alive, withdrawal of life support impacts patient autonomy in the most fundamental way and goes to the heart of the purposes of the *HCCA*. Those purposes would be ill-served by an interpretation that holds withdrawal of life support cannot constitute “treatment” under the Act. Moreover, the Board regularly exercises its jurisdiction in cases where physicians propose to withdraw life support, consistent with the view that withdrawal of life support constitutes “treatment” under the *HCCA*.

Third, while a physician may feel that the legal obligation not to withdraw life support is in tension with their professional or personal ethics, such tensions are inherent to medical practice. A physician cannot be legally faulted for following the direction of the Board any more than he or she could be faulted for abiding by a judge’s direction at common law not to withdraw life support. Implicit in the physicians’ request that a judge resolve the present dispute is acceptance that if a judge orders that life support cannot be withdrawn, they must comply. Their legal position under the *HCCA* is no different. The *HCCA*’s scheme for dispute resolution offers several avenues through which a clash with a physician’s ethical compunctions may be averted; the physician’s submissions on the patient’s condition, the

du terme « traitement ». L’inclusion du traitement de maintien de la vie dans cette définition trouve également appui, de façon générale, dans les objectifs de la *LCSS*, en garantissant l’uniformité relativement au consentement, en protégeant l’autonomie par l’exigence d’obtenir le consentement et en conférant un rôle important au mandataire spécial — souvent un proche parent — dans le processus de consentement. Donner au terme « traitement » une interprétation qui se limiterait aux mesures que le fournisseur de soins estime présenter un effet bénéfique pour le patient aurait pour effet d’écarter ces objectifs de la Loi.

Pour ce qui est du deuxième argument des médecins, le terme « traitement » utilisé dans la *LCSS* est défini en termes généraux et doit donc être interprété de telle sorte qu’il englobe le retrait du traitement de maintien de la vie dans la situation dont il est question en l’espèce et tel que ce processus est décrit dans les présentes procédures. Le retrait du traitement de maintien de la vie vise le but relié au domaine de la santé qui consiste à prévenir les souffrances et à préserver la dignité à la fin de la vie, entraîne souvent une intervention physique sur le corps du patient et a un lien étroit avec l’administration de soins palliatifs. En supprimant des services médicaux qui servent à garder le patient en vie, le retrait du traitement de maintien de la vie a une incidence des plus considérables sur l’autonomie du patient et touche à l’essence même des objectifs de la *LCSS*. Considérer que le retrait du traitement de maintien de la vie ne saurait constituer un « traitement » au sens de la Loi nuirait à l’atteinte de ces objectifs. Par ailleurs, la Commission a régulièrement exercé sa compétence dans des cas où les médecins proposaient de retirer le traitement de maintien de la vie et confirmé le point de vue selon lequel ce retrait constitue un « traitement » au sens de la *LCSS*.

Troisièmement, bien que le médecin puisse estimer que son obligation juridique de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie entre en conflit avec son éthique professionnelle ou personnelle, de telles tensions sont inhérentes à la pratique de la médecine. Sur le plan juridique, on ne saurait reprocher au médecin d’avoir suivi les directives de la Commission, pas plus que de s’être conformé aux directives d’un juge, en common law, de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie. Dans leur demande pour que le litige qui nous occupe soit tranché par un juge, les médecins acceptent implicitement que, si le juge leur ordonne de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, ils doivent se conformer à cette ordonnance. Sous le régime de la *LCSS*, leur position juridique est du même ordre.

nature of the proposal to withdraw life support, and what will medically benefit the patient will be highly relevant to the Board's analysis. While the end-of-life context poses difficult ethical dilemmas for physicians, this does not alter the conclusion that withdrawal of life support constitutes treatment requiring consent under the *HCCA*.

Having determined that R should be removed from life support, the appellant physicians, applying the *HCCA* in this case, were obliged to seek S's consent to the withdrawal: ss. 10(1)(b) and 20. Since R had not expressed a prior applicable wish within the meaning of s. 21(1), S was required to determine whether removal of life support was in R's best interests, having regard to a series of mandatory factors relating to his medical condition, well-being, values and wishes: s. 21(2). If the appellant physicians do not agree that maintaining life support for R is in his best interests, their recourse is to apply to the Board for a determination of whether S's refusal to provide consent to the withdrawal complied with s. 21: s. 37(1). It will then be for the Board to determine whether S's refusal to provide consent to the withdrawal of life support was in R's best interests, within the meaning of s. 21(2). If the Board is of the opinion it was not, it may substitute its decision for that of S, and clear the way for removal of R's life support.

Per Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting): The common law, and not the *HCCA*, governs when doctors and substitute decision-makers disagree regarding the proposed withdrawal of an incapable patient's life support. Thus, the court, and not the Board, is the appropriate forum for resolving any disputes between the doctors and the incapable patient's substitute decision-maker.

The *HCCA* was not intended to cover the withdrawal of treatment or to provide a comprehensive scheme. It specifically provides that it does not affect the law relating to giving or refusing consent to anything not within the definition of "treatment" (s. 8(2)). The definition of "treatment" does not include the withdrawal or the withholding of treatment. Further, the withdrawal of treatment and the provision of palliative care are separate

Le régime de règlement des différends établi par la *LCSS* prévoit plusieurs recours permettant d'éviter le conflit avec les scrupules éthiques d'un médecin; les observations du médecin sur l'état du patient, sur la nature de la proposition de retirer le traitement de maintien de la vie et sur l'effet bénéfique pour le patient sur le plan médical auront une grande pertinence pour l'analyse de la Commission. Le contexte lié à la fin de la vie suscite des dilemmes éthiques difficiles pour les médecins, mais cela ne change en rien la conclusion voulant que le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement qui exige un consentement sous le régime de la *LCSS*.

Si on applique la *LCSS* en l'espèce, après avoir déterminé que le traitement de maintien de la vie administré à R devait être retiré, les médecins appelants étaient tenus de demander le consentement de S à cet égard : al. 10(1)b) et art. 20. Puisque R n'avait exprimé aucun désir applicable au sens du par. 21(1), S était tenue de déterminer si le retrait du traitement de maintien de la vie était dans l'intérêt véritable de R, en tenant compte obligatoirement d'une série de facteurs relatifs à son état de santé, à son bien-être, à ses valeurs et à ses désirs : par. 21(2). Si les médecins appelants ne sont pas d'accord pour dire que l'administration à R du traitement de maintien de la vie est dans son intérêt véritable, leur recours consiste à demander à la Commission si le refus de S de consentir au retrait du traitement est conforme à l'art. 21 : par. 37(1). Il appartiendra ensuite à la Commission de déterminer si le refus de S de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie était dans l'intérêt véritable de R, au sens du par. 21(2). Si elle en venait à la conclusion que ce n'est pas le cas, la Commission pourrait substituer sa décision à celle de S et permettre le retrait du traitement de maintien de la vie administré à R.

Les juges Abella et Karakatsanis (dissidentes) : C'est la common law, et non la *LCSS*, qui s'applique lorsque les médecins et les mandataires spéciaux ne s'entendent pas sur le retrait proposé d'un traitement de maintien de la vie administré à un patient incapable. C'est donc au tribunal, et non à la Commission, qu'ils doivent s'adresser pour régler les différends qui les opposent.

La *LCSS* ne vise pas à englober le retrait d'un traitement et n'a pas pour objet d'instaurer un régime complet. Elle prévoit expressément qu'elle n'a pas d'incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n'est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)). La définition du terme « traitement » ne comprend pas le retrait d'un traitement ou le refus

issues. The reasonable conclusion is that the *HCCA* does not alter the common law of consent by creating an entitlement to treatment.

The *HCCA* codifies and builds upon the common law of consent in Ontario. It is designed to give effect to the principle of patient autonomy — a principle with deep roots in our common law — that permits a patient to refuse medical treatment, no matter the consequences. The scheme of the Act ensures that when treatment is proposed, doctors, substitute decision-makers and the Board are all bound by the patient's known wishes, if clear and applicable. This is true for all treatments; there are no special provisions for end-of-life scenarios.

However, the *HCCA* does not permit a patient to dictate treatment. Neither the words nor the scheme of the Act contemplate a patient's right to stop a doctor from withdrawing treatment that is no longer medically effective or is even harmful. Such an extension of patient autonomy to permit a patient to insist on the continuation of treatment that is medically futile would have a detrimental impact on the standard of care and legal, ethical, and professional duties in the practice of medicine. The role of patient autonomy must be balanced with the physician's role, expertise, and advice. As well, there are a myriad of important interests, such as the integrity of our health care system, at stake.

As with the *HCCA*, the common law does not entitle a patient to insist upon continuation of treatment; it does not require a patient's consent to the withholding or withdrawal of treatment. Even in those cases in which the court has intervened to prevent doctors from unilaterally withdrawing or withholding treatment, the courts did not conclude that consent was required. Rather, in those cases, the courts ordered an injunction pending trial. Other courts have explicitly concluded that consent is not required for the withdrawal of treatment and that it is not appropriate for a court to interfere with medical doctors acting unilaterally and professionally in the best interests of a patient.

d'administrer un traitement. Par ailleurs, le retrait d'un traitement et l'administration de soins palliatifs sont des questions distinctes. Il convient donc de conclure que la *LCSS* n'a pas pour effet de modifier les règles de la common law en matière de consentement en conférant le droit de recevoir un traitement.

La *LCSS* codifie les règles de la common law en matière de consentement en Ontario et prend appui sur elle. Elle vise à donner effet au principe de l'autonomie du patient — profondément enraciné dans notre common law — qui permet à celui-ci de refuser un traitement médical, peu importe les conséquences. L'esprit de la Loi fait en sorte que, lorsqu'un traitement est proposé, les médecins, les mandataires spéciaux et la Commission sont tous tenus de se conformer aux désirs connus exprimés par le patient, si ceux-ci sont clairs et applicables. Cela vaut pour tout traitement; la Loi ne renferme aucune disposition particulière concernant les situations de fin de vie.

Toutefois, la *LCSS* ne permet pas à un patient d'imposer un traitement. Ni le libellé ni l'esprit de la Loi ne comprennent le droit du patient d'empêcher le médecin de retirer un traitement qui n'est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable. L'élargissement de l'autonomie du patient de manière à lui permettre d'insister sur le maintien d'un traitement qui est inutile sur le plan médical aurait un effet préjudiciable sur la norme de diligence et sur les obligations juridiques, déontologiques et professionnelles dans la pratique de la médecine. Il faut mettre en balance le rôle de l'autonomie du patient, d'une part, et le rôle, l'expertise ainsi que l'avis du médecin, d'autre part. De plus, il existe une multitude d'intérêts importants en jeu, par exemple l'intégrité de notre système de soins de santé.

Tout comme la *LCSS*, la common law ne donne pas au patient le droit d'insister sur le maintien d'un traitement. Elle n'exige pas non plus le consentement du patient au refus d'administrer un traitement ou au retrait d'un traitement. Même dans les affaires où ils sont intervenus pour empêcher des médecins de retirer ou de refuser unilatéralement un traitement, les tribunaux n'ont pas conclu à l'obligation d'obtenir le consentement. Ils ont plutôt prononcé une injonction en attendant l'instruction de l'affaire. Dans d'autres décisions, les tribunaux ont explicitement conclu que le consentement n'était pas requis pour le retrait d'un traitement et qu'il n'appartenait pas au tribunal d'intervenir lorsque les médecins agissaient unilatéralement et professionnellement dans l'intérêt véritable du patient.

The common law protects the interests of Canadians in the medical realm by requiring physicians to act (1) in accordance with the conduct of a prudent practitioner of the same experience and standing in the field, including a duty to obtain informed consent, and (2) in the best interests of their patients.

In many typical doctor-patient relationships, the fiduciary obligation and the standard of care will likely overlap or resemble one another. However, in the end-of-life scenario where ongoing life support is futile, the foundation and ambit of a doctor's fiduciary duty would be a useful and appropriate conceptual paradigm to supplement the standard of care and address the broader best interests of the patient. These obligations should require doctors to undertake a certain process for resolving important questions in the end-of-life setting by including a role for the family or substitute decision-maker; providing notice and a thorough and accommodating process for determining the condition and best interests of the patient; and, where they are of the opinion that life support for a patient should be withdrawn, exploring alternative institutions willing to continue the treatment. Ultimately, if a doctor is satisfied that treatment is futile, he or she may discontinue treatment notwithstanding the wishes of the patient or family, provided they have followed these consultative processes and considered the patient's best interests.

Where, as here, a family member or a substitute decision-maker disagrees with the medical practitioner's decision to withdraw life support, that person may apply to the court to challenge the physician's decision. In reviewing whether a physician is acting within the professional standard of care, the court should determine whether the life support has any chance of being medically effective and whether withdrawal of the treatment is in the best interests of the patient. This necessarily includes consideration of the patient's wishes, values and beliefs, in addition to the broad mental and physical implications for the patient's condition and well-being. However, in making that determination, the continuation of life is not an absolute value. The ultimate decision whether to withdraw life-sustaining treatment must respect the medical or physical consequences of withdrawal or continuation of life support, and also the personal autonomy, bodily integrity, and human dignity of the patient. A doctor cannot be required to act outside

La common law protège les intérêts des Canadiens dans le domaine médical en exigeant du médecin qu'il agisse (1) comme le ferait un praticien de la santé prudent ayant la même expérience et réputation dans son domaine, notamment en se conformant à l'obligation d'obtenir un consentement éclairé, et (2) dans l'intérêt véritable de ses patients.

Dans le cadre de la relation typique entre le médecin et son patient, il est probable qu'il y ait chevauchement entre l'obligation fiduciaire et la norme de diligence ou qu'elles se ressemblent. Toutefois, dans des situations de fin de vie où l'administration continue d'un traitement de maintien de la vie est inutile, l'obligation fiduciaire du médecin, dans sa portée et son fondement, s'avérerait un modèle théorique utile et approprié permettant de compléter la norme de diligence et de traiter des intérêts véritables plus larges du patient. Selon ces obligations, le médecin devrait être tenu de suivre un certain processus pour régler des questions importantes concernant la fin de vie en accordant un rôle à la famille ou au mandataire spécial, en donnant avis et en suivant un processus détaillé et conciliant visant à déterminer l'état de santé et l'intérêt véritable du patient, et, lorsqu'il est d'avis qu'il convient de retirer un traitement de maintien de la vie administré à un patient, en examinant la possibilité que d'autres établissements soient disposés à continuer l'administration du traitement. S'il est convaincu en dernière analyse que le traitement est inutile, le médecin peut en arrêter l'administration malgré les désirs exprimés par le patient ou sa famille, pourvu qu'il ait suivi ces processus de consultation et tenu compte de l'intérêt véritable du patient.

Lorsque, comme en l'espèce, il est en désaccord avec la décision du praticien de la santé de retirer un traitement de maintien de la vie, un membre de la famille du patient ou le mandataire spécial peut contester cette décision, par voie de requête, devant le tribunal. Pour établir si le médecin respecte la norme de diligence professionnelle, le tribunal doit déterminer si le traitement de maintien de la vie a quelque chance de réussite sur le plan médical et si le retrait du traitement est dans l'intérêt véritable du patient. Cet exercice comporte nécessairement l'examen des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, en plus des conséquences importantes mentales et physiques sur son état et son bien-être. Toutefois, pour trancher cette question, le maintien de la vie n'est pas une valeur absolue. La décision définitive de retirer ou non un traitement de maintien de la vie doit respecter les conséquences sur le plan médical ou physique de ce retrait ou de la continuation du traitement, ainsi que l'autonomie personnelle, l'intégrité physique et la dignité

of the standard of care and contrary to his or her professional duties.

In this case, the application judge made no factual findings about the patient's condition and effectiveness of any treatment, and the patient's diagnosis has been subject to change. The matter should therefore be remitted to the Ontario Superior Court of Justice, so that it may make the necessary findings of fact, and to determine whether the withdrawal of life support is in accordance with the standard of care and the best interests of the patient.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618; *Starson v. Swayze*, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722; *Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194; *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907; *Scardoni v. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700; *R. (Burke) v. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132; *Conway v. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956; *D.D. (Re)*, 2013 CanLII 18799; *P. (D.)*, *Re*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837; *M. (A.) v. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271; *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748; *Crits v. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502, aff'd [1956] S.C.R. 991; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Reibl v. Hughes, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] A.C. 789; *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211; *Sawatzky v. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222; *Golubchuk v. Salvation*

humaine du patient. On ne peut exiger du médecin qu'il agisse à l'encontre de ses obligations professionnelles et de la norme de diligence à laquelle il est astreint.

En l'espèce, la juge saisie de la demande n'a tiré aucune conclusion de fait sur l'état de santé du patient ou sur l'efficacité de quelque traitement que ce soit; de plus, le diagnostic du patient a été modifié. Il y a donc lieu de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour qu'elle tire les conclusions de fait nécessaires et qu'elle détermine si le retrait du traitement de maintien de la vie est conforme à la norme de diligence applicable et dans l'intérêt véritable du patient.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618; *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722; *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194; *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907; *Scardoni c. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700; *R. (Burke) c. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132; *Conway c. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956; *D.D. (Re)*, 2013 CanLII 18799; *P. (D.)*, *Re*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837; *M. (A.) c. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271; *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748; *Crits c. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502, conf. par [1956] R.C.S. 991; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Reibl c. Hughes, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] A.C. 789; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211; *Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222; *Golubchuk c. Salvation Army*

Army Grace General Hospital, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Jin v. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161; *Child and Family Services of Central Manitoba v. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135; *Rotaru v. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII); *Re J (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614; *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *In Re: The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (1991), reported in (1991), 7 *Issues L. & Med.* 369; *In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (1994); *ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Statutes and Regulations Cited

Care Consent Act, S.Y. 2003, c. 21, Sch. B.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 11 to 25.
Consent to Treatment and Health Care Directives Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2.
Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 1, 2(1) “plan of treatment”, “treatment”, 8(2), 10(1), (2), 13, 20, 21, 29(1), (2), (3), 35, 36, 37, 85(1)(f).
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, c. 181.
Health Care Decisions Act, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013).
Health Care Directives Act, C.C.S.M. c. H27.
Legislation Act, 2006, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64(1).
 Tex. Health & Safety Code Ann. § 166.052 (Vernon 2012).
Uniform Health-Care Decisions Act § 7, 9 U.L.A. 83 (2011).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. “Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment”, Working Paper 28. Ottawa: The Commission, 1982.
 Canada. Senate. Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide. *Of Life and Death: Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide*. Ottawa: The Committee, 1995.
 Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. “Joint Statement on Preventing and Resolving Ethical Conflicts Involving Health Care Providers and Persons Receiving Care”,

Grace General Hospital, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274; *Jin c. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161; *Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135; *Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII); *Re J (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614; *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (1991), publié dans (1991), 7 *Issues L. & Med.* 369; *In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (1994); *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25.
Consent to Treatment and Health Care Directives Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-17.2.
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 181.
Health Care Decisions Act, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013).
Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 1, 2(1) « plan de traitement », « traitement », 8(2), 10(1), (2), 13, 20, 21, 29(1), (2), (3), 35, 36, 37, 85(1)f).
Loi de 2006 sur la législation, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64(1).
Loi sur le consentement aux soins, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B.
Loi sur les directives en matière de soins de santé, C.P.L.M. ch. H27.
 Tex. Health & Safety Code Ann. § 166.052 (Vernon 2012).
Uniform Health-Care Decisions Act § 7, 9 U.L.A. 83 (2011).

Doctrine et autres documents cités

Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestataires de soins de santé et les personnes recevant les soins », 1999 (en ligne : <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03F.pdf>).
 Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur

- 1999 (online: <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03.pdf>).
- Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. “Joint Statement on Resuscitative Interventions (Update 1995)”, 1995 (online: http://www.cma.ca/index.php/ci_id/33236/la_id/1.htm).
- College of Physicians & Surgeons of Manitoba. Statement No. 1602: “Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment”, September 2007 (online: <http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf>).
- College of Physicians and Surgeons of Ontario. Policy Statement #1-06: “Decision-making for the End of Life”, July 2006 (online: <http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582>).
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Manitoba. Law Reform Commission. “Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment”, Report #109, December 2003 (online: http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf).
- New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, “preventive”, “therapeutic”.
- Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Stedman’s Medical Dictionary*, 28th ed. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins, 2006, “extubation”.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Young, Hilary. “Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require ‘Rasouli Consent’” (2012), 6:2 *M.J.L.H.* 54.
- la réanimation (mise à jour 1995) », 1995 (en ligne : <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD95-03F.pdf>).
- Canada. Commission de réforme du droit. « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », document de travail 28. Ottawa : La Commission, 1982.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide. *De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide*. Ottawa : Le Comité, 1995.
- Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba. Statement No. 1602 : « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment », September 2007 (online : <http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf>).
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Hoffman, Brian F. *The Law of Consent to Treatment in Ontario*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.
- Manitoba. Commission de réforme du droit. « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Report #109, December 2003 (online : http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf).
- Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario. Policy Statement #1-06 : « Decision-making for the End of Life », July 2006 (online : <http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582>).
- Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Stedman’s Medical Dictionary*, 28th ed. Philadelphia : Lippincott Williams & Wilkins, 2006, « extubation ».
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Trésor de la langue française informatisé* (en ligne), « préventif », « thérapeutique ».
- Young, Hilary. « Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require “Rasouli Consent” » (2012), 6:2 *R.D.S.M.* 54.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Simmons J.J.A.), 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, 281 O.A.C. 183, 89 C.C.L.T. (3d) 175, [2011] O.J. No. 2984 (QL), 2011 CarswellOnt 14871, affirming a decision of Himel J., 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761, 231 C.R.R. (2d) 26, [2011] O.J. No. 1100 (QL), 2011 CarswellOnt 1650 (*sub nom. Rasouli (Litigation Guardian of) v. Sunnybrook Health Sciences*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Simmons), 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, 281 O.A.C. 183, 89 C.C.L.T. (3d) 175, [2011] O.J. No. 2984 (QL), 2011 CarswellOnt 14871, qui a confirmé une décision de la juge Himel, 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761, 231 C.R.R. (2d) 26, [2011] O.J. No. 1100 (QL), 2011 CarswellOnt 1650 (*sub nom. Rasouli (Litigation Guardian of) c. Sunnybrook Health*

Centre). Appeal dismissed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Harry Underwood, Andrew McCutcheon and Erica J. Baron, for the appellants.

J. Gardner Hodder, Guillermo Schible and Stefan A. De Smit, for the respondent.

No one appeared for the intervener the Consent and Capacity Board.

Hugh R. Scher, for the intervener the Euthanasia Prevention Coalition.

Andrew S. Faith and Alexi N. Wood, for the intervener the Canadian Critical Care Society.

Rahool P. Agarwal, Nahla Khouri and Nicholas Saint-Martin, for the intervener the Canadian Association of Critical Care Nurses.

Dianne Wintermute, Graham Webb and C. Tess Sheldon, for the interveners the Advocacy Centre for the Elderly and the ARCH Disability Law Centre.

Marshall Swadron, Ryan Peck and Amy Wah, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Albertos Polizogopoulos and Don Hutchinson, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

A. *Overview*

[1] This case presents us with a tragic yet increasingly common conflict. A patient is unconscious. He is on life support — support that may keep

Sciences Centre). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

Harry Underwood, Andrew McCutcheon et Erica J. Baron, pour les appelants.

J. Gardner Hodder, Guillermo Schible et Stefan A. De Smit, pour l'intimé.

Personne n'a comparu pour l'intervenante la Commission du consentement et de la capacité.

Hugh R. Scher, pour l'intervenante la Coalition pour la prévention de l'euthanasie.

Andrew S. Faith et Alexi N. Wood, pour l'intervenante la Société canadienne de soins intensifs.

Rahool P. Agarwal, Nahla Khouri et Nicholas Saint-Martin, pour l'intervenante l'Association canadienne des infirmiers/infirmières en soins intensifs.

Dianne Wintermute, Graham Webb et C. Tess Sheldon, pour les intervenants Advocacy Centre for the Elderly et ARCH Disability Law Centre.

Marshall Swadron, Ryan Peck et Amy Wah, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Albertos Polizogopoulos et Don Hutchinson, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

A. *Aperçu*

[1] La Cour est saisie en l'espèce d'un contentieux tragique qui devient néanmoins de plus en plus fréquent. Le patient est inconscient. Il est

him alive for a very long time, given the resources of modern medicine. His physicians, who see no prospect of recovery and only a long progression of complications as his body deteriorates, wish to withdraw life support. His wife, believing that he would wish to be kept alive, opposes withdrawal of life support. How should the impasse be resolved?

[2] In the past, disputes between next of kin and physicians over consent regarding life support and other forms of medical treatment for incapable patients were resolved through the courts, under the common law. However, in Ontario, the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (“*HCCA*”), provides a statutory scheme for resolving such disputes. Under the *HCCA*, a designated substitute decision-maker — often a close family member — has the right to determine whether life support can be withdrawn in the first instance. In making that decision, she must act in accordance with the provisions of the *HCCA*, which aim at protecting patients’ autonomy and medical interests. In the event of disagreement, it is open to the attending physician to challenge the substitute decision-maker’s decision on the ground that it is not in accordance with the *HCCA*, by applying to the Consent and Capacity Board (“*Board*”). The *HCCA* empowers the Board to make the final decision on the issue of consent for incapable patients.

[3] The appellant physicians in this case take the position that the *HCCA* does not apply because consent is not required for withdrawal of life support that does not provide any medical benefit to the patient. The courts below rejected that contention, as would I. It follows that the appeal should be dismissed. Where a substitute decision-maker does not consent to the withdrawal of life support, the physicians’ remedy is an application to the Board.

maintenu en vie artificiellement — traitement qui pourrait le garder en vie très longtemps, compte tenu des ressources de la médecine moderne. Ses médecins, qui ne voient aucune perspective de rétablissement, mais plutôt une longue série de complications à mesure que son corps se détériore, souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie. Son épouse, qui pense qu’il souhaiterait être maintenu en vie, s’oppose au retrait du traitement de maintien de la vie. Comment résoudre l’impasse?

[2] Dans le passé, les différends entre les proches parents et les médecins au sujet du consentement au traitement de maintien de la vie et à d’autres formes de traitement médical administrées à des patients incapables étaient réglés devant les tribunaux, selon les règles de la common law. Or, en Ontario, la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « *Loi* »), instaure un régime législatif pour régler les différends de cette nature. Aux termes de la *LCSS*, le mandataire spécial désigné — souvent un proche parent — a le droit de décider avant qui que ce soit d’autre si le traitement de maintien de la vie peut être retiré. En prenant cette décision, le mandataire doit agir en conformité avec la *LCSS*, qui vise à protéger l’autonomie du patient ainsi que ses intérêts sur le plan médical. En cas de désaccord, le médecin traitant, par voie de requête devant la Commission du consentement et de la capacité (« *Commission* »), peut contester la décision du mandataire spécial au motif qu’elle n’est pas conforme à la *LCSS*. La *Loi* habilite la Commission à rendre la décision définitive quant à la question du consentement pour le patient incapable.

[3] En l’espèce, les médecins appelants font valoir que la *LCSS* ne s’applique pas, parce que le consentement n’est pas requis pour retirer un traitement de maintien de la vie qui n’a aucun effet bénéfique pour le patient. Les tribunaux d’instance inférieure ont rejeté cet argument, tout comme je le ferais. Le pourvoi doit donc être rejeté. Lorsque le mandataire spécial refuse de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie, le recours des médecins consiste à présenter une requête à la Commission.

[4] This case turns on statutory interpretation — what the *HCCA* provides. It is not a case about who, in the absence of a statute, should have the ultimate say in whether to withhold or withdraw life-sustaining treatment. Nor does the case require us to resolve the philosophical debate over whether a next-of-kin’s decision should trump the physicians’ interest in not being forced to provide non-beneficial treatment and the public interest in not funding treatment deemed of little or no value. The Ontario legislature has addressed the conflicting interests and arguments that arise in cases such as this in the *HCCA*. The Court’s task is simply to determine what the statute requires. I note that the parties did not address resource implications or *Charter* issues in this appeal.

B. *The Events*

[5] In October 2010, Mr. Hassan Rasouli underwent surgery at Sunnybrook Health Sciences Centre (the “Hospital”) to remove a benign brain tumour. Following the procedure, Mr. Rasouli developed an infection that caused severe and diffuse brain damage. As a result, Mr. Rasouli has been unconscious since October 16, 2010, and is being kept alive by mechanical ventilation, connected to a tube surgically inserted into his trachea, and artificial nutrition and hydration, delivered through a tube inserted into his stomach. Without these life-sustaining measures, it is expected that Mr. Rasouli would pass away.

[6] The physicians responsible for Mr. Rasouli’s care, including the appellants, Dr. Cuthbertson and Dr. Rubinfeld, formed the opinion that Mr. Rasouli was in a persistent vegetative state, that all appropriate treatments for his condition had been exhausted, and that there was no realistic hope for his medical recovery. In the opinion of the physicians, continuing to provide life support would not provide any medical benefit to Mr. Rasouli and may cause harm. They seek to

[4] La présente affaire porte sur l’interprétation des dispositions de la *LCSS*. Il ne s’agit pas de décider à qui revient, en l’absence d’une loi, la décision ultime de maintenir ou de retirer le traitement de maintien de la vie. La présente espèce ne nous oblige pas non plus à trancher le débat philosophique quant à la question de savoir si la décision d’un proche parent doit avoir préséance sur l’intérêt des médecins de ne pas être forcés d’administrer un traitement qui n’a pas d’effet bénéfique et sur l’intérêt public à ne pas financer un traitement qui n’a que peu d’utilité, voire aucune. Le législateur ontarien a traité, dans la *LCSS*, des intérêts et des arguments contradictoires soulevés dans des cas comme celui qui nous occupe. La Cour doit donc simplement déterminer les exigences de la Loi. Je note que, dans le présent pourvoi, les parties n’ont pas abordé les questions relatives aux répercussions du débat sur les ressources ou celles relatives à la *Charte*.

B. *Les faits*

[5] En octobre 2010, M. Hassan Rasouli a subi une intervention chirurgicale au Sunnybrook Health Sciences Centre (l’« hôpital ») pour qu’on procède à l’exérèse d’une tumeur cérébrale bénigne. Par la suite, il a contracté une infection qui a causé de graves lésions cérébrales diffuses. En conséquence, M. Rasouli est inconscient depuis le 16 octobre 2010 et il est maintenu en vie par ventilation artificielle, au moyen d’une sonde insérée par voie chirurgicale dans sa trachée, et par alimentation et hydratation artificielles, au moyen d’une sonde insérée dans son estomac. Sans ces mesures de maintien de la vie, M. Rasouli décéderait vraisemblablement.

[6] Les médecins chargés de s’occuper de M. Rasouli, dont les appelants, le D^r Cuthbertson et le D^r Rubinfeld, en sont venus à la conclusion qu’il se trouvait dans un état végétatif persistant, qu’ils avaient administré tous les traitements qui convenaient à son état et qu’il n’y avait pas de véritable espoir pour son rétablissement. Selon les médecins, le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne porterait aucun effet bénéfique pour M. Rasouli et pourrait

remove his life support and to provide palliative care until his expected death.

[7] The physicians informed Mr. Rasouli's wife, Ms. Parichehr Salasel, who is also his litigation guardian and substitute decision-maker under the *HCCA*, of Mr. Rasouli's diagnosis and their proposed course of action. She would not agree. Ms. Salasel and her family wish to keep Mr. Rasouli alive. Ms. Salasel does not accept that Mr. Rasouli is in a state of permanent and irreversible unconsciousness and believes that, as a devout Shia Muslim, he would wish to be kept alive. She contends that new evidence on Mr. Rasouli's neurological function indicates an increased level of consciousness.

[8] In the face of Ms. Salasel's disagreement, the Hospital arranged for a second opinion from a neurologist who had not been involved in Mr. Rasouli's care. The neurologist concurred with the original diagnosis and assessment. The Hospital also contacted another facility to see whether Mr. Rasouli could be treated elsewhere, but that facility was not prepared to admit Mr. Rasouli. In addition, the physicians offered Ms. Salasel the opportunity to independently obtain an opinion from another neurologist, which she chose not to do.

[9] Faced with an impasse, the physicians agreed to postpone their plans to withdraw life support until Ms. Salasel could apply to the Ontario Superior Court of Justice for an order restraining the physicians from withdrawing Mr. Rasouli from life support, and directing that any challenge to her refusal of consent be made to the Board. The physicians cross-applied for a declaration that Mr. Rasouli is in a permanent vegetative state, that consent is not required to withdraw life support where such treatment is futile, and that the Board has no jurisdiction to decide these issues.

plutôt avoir des effets néfastes. Les médecins souhaitent retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs jusqu'à ce que survienne le décès prévu de leur patient.

[7] Les médecins ont informé M^{me} Parichehr Salasel — l'épouse de M. Rasouli, mais aussi sa tutrice à l'instance et mandataire spéciale en vertu de la *LCSS* — du diagnostic de celui-ci et des mesures proposées. Elle n'a pas consenti à ces mesures. M^{me} Salasel et sa famille souhaitent maintenir M. Rasouli en vie. Elle n'accepte pas que celui-ci soit dans un état d'inconscience permanent et irréversible et croit que, en tant que musulman chiite dévot, il souhaiterait être maintenu en vie. Elle soutient en outre que de nouveaux éléments de preuve relatifs à la fonction neurologique de M. Rasouli indiquent une augmentation de son état de conscience.

[8] Devant le désaccord de M^{me} Salasel, l'hôpital a pris des dispositions pour obtenir un deuxième avis auprès d'un neurologue qui n'avait pas suivi M. Rasouli. Ce neurologue a souscrit au diagnostic initial et au résultat de la première évaluation. L'hôpital a également communiqué avec un autre établissement pour vérifier s'il pouvait prendre en charge M. Rasouli, mais cet établissement n'était pas disposé à l'admettre. De plus, les médecins ont offert à M^{me} Salasel la possibilité d'obtenir elle-même l'avis d'un autre neurologue, mais celle-ci a décidé de ne pas se prévaloir de cette offre.

[9] Devant l'impasse, les médecins ont convenu de reporter le retrait du traitement de maintien de la vie en attendant que M^{me} Salasel puisse demander à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une ordonnance leur interdisant de retirer le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission. Dans une demande reconventionnelle, les médecins ont sollicité un jugement déclaratoire portant que M. Rasouli se trouve dans un état végétatif permanent, que le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie n'est pas obligatoire dans un tel cas de traitement inutile et que la Commission n'a pas compétence pour trancher ces questions.

C. Court Decisions

[10] The Ontario Superior Court of Justice, *per* Himel J., granted Ms. Salasel's application for an order that life support could not be removed without her consent, and that any challenge to her refusal to consent must be brought before the Board: 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761.

[11] The Ontario Court of Appeal upheld this order. It held that withdrawal of life support and administration of end-of-life palliative care were integrally linked and should be viewed as a "treatment package": 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, at para. 52. Since consent to the administration of palliative care was clearly required under the *HCCA*, it should also be required for the "treatment package" of withdrawal of life support and administration of palliative care.

[12] In January 2012, before the hearing of the appeal in this Court, assessments by two neurologists resulted in a change to Mr. Rasouli's diagnosis from permanent vegetative state to minimally conscious state. As a result, the appellant physicians took the view that further investigations were required to determine whether Mr. Rasouli may be capable of any communication, which could bear on their assessment of whether life support should be continued. Ms. Salasel, on the other hand, brought a motion to quash the appeal given the change in diagnosis. The motion was dismissed by this Court in May 2012.

[13] In November 2012, both parties brought motions to adduce new evidence on Mr. Rasouli's neurological function. These motions were referred to the panel hearing the appeal to be determined at the hearing. In light of my conclusion that the substance of the dispute must be determined by the Board, I would dismiss the motions to adduce

C. Décisions des tribunaux d'instance inférieure

[10] La juge Himel de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a accueilli la demande par laquelle M^{me} Salasel sollicitait une ordonnance interdisant aux médecins de retirer le traitement de maintien de la vie sans son consentement et leur enjoignant de contester le refus du consentement devant la Commission : 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761.

[11] La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette ordonnance, concluant que le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration de soins palliatifs étaient intrinsèquement reliés et devaient être considérés comme [TRADUCTION] « un traitement global » : 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, par. 52. Puisque la *LCSS* exige manifestement le consentement à l'administration de soins palliatifs, la Cour d'appel a estimé qu'elle doit également exiger le consentement pour le « traitement global » comprenant le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration de soins palliatifs.

[12] En janvier 2012, avant que la Cour n'entende le présent appel, les évaluations effectuées par deux neurologues ont eu pour effet de remplacer le diagnostic de M. Rasouli d'état végétatif permanent par celui d'état de conscience minimale. Par conséquent, les médecins appelants ont estimé qu'il allait procéder à des examens plus approfondis pour déterminer si M. Rasouli pouvait communiquer d'une quelconque façon ce qui, le cas échéant, pourrait influencer sur leur opinion quant à l'opportunité de poursuivre ou non le traitement de maintien de la vie. Pour sa part, vu le changement apporté au diagnostic de M. Rasouli, M^{me} Salasel a présenté une requête en annulation de l'appel. Notre Cour a rejeté cette requête en mai 2012.

[13] En novembre 2012, les deux parties ont déposé des requêtes en vue de présenter une nouvelle preuve concernant la fonction neurologique de M. Rasouli. Ces requêtes ont été renvoyées à la formation de la Cour chargée d'entendre l'appel pour qu'elle les tranche à l'audience. Comme j'ai conclu qu'il appartient à la Commission de statuer

fresh evidence, without prejudice to the Board receiving any evidence it deems relevant.

D. *Issues*

[14] This appeal raises two questions.

[15] The first is whether the *HCCA* governs the issue of withdrawal of life support with the consequence that Ms. Salasel's consent to withdrawal of life support is required, and that her refusal can be challenged only before the Board.

[16] Only if we conclude that the *HCCA* does not apply, do we reach the second question — whether at common law this Court should order that Mr. Rasouli's life support can be removed without Ms. Salasel's consent.

II. Discussion

[17] In enacting the *HCCA*, the Ontario legislature both codified and in important ways modified the common law of consent to medical treatment. It is therefore useful to begin by situating the statute within the common law legal landscape.

A. *The Common Law Backdrop*

[18] At common law, medical caregivers must obtain a patient's consent to the administration of medical treatment: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192. The physician cannot override the patient's wishes to be free from treatment, even if he believes that treatment is in the vital interests of the patient. The patient's consent must be given voluntarily and must be informed, which requires physicians to ensure the patient understands the nature of the procedure, its risks and benefits, and the availability of alternative treatments before making a decision about a course of treatment. The requirement for

sur le fond du litige, je suis d'avis de rejeter les requêtes en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, sans préjudice à la possibilité que la Commission reçoive tout élément de preuve qu'elle jugera pertinent.

D. *Questions en litige*

[14] Le présent pourvoi soulève deux questions.

[15] Premièrement, il s'agit de savoir si la *LCSS* régit le retrait du traitement de maintien de la vie, de telle sorte que le consentement de M^{me} Salasel soit requis à cet égard et que son refus de l'accorder ne puisse être contesté que devant la Commission.

[16] Ce ne serait que si nous répondions par la négative à la première question que nous serions appelés à nous prononcer sur la deuxième, soit celle de savoir si, suivant la common law, la Cour devrait ordonner que le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli peut être retiré sans le consentement de M^{me} Salasel.

II. Analyse

[17] En adoptant la *LCSS*, le législateur ontarien a à la fois codifié et modifié à certains égards importants les règles de common law relatives au consentement à un traitement médical. Voilà pourquoi il est utile de d'abord situer cette Loi dans le contexte juridique de common law.

A. *La toile de fond en common law*

[18] En common law, les fournisseurs de soins doivent obtenir le consentement du patient à l'administration d'un traitement médical : *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192. Le médecin ne peut passer outre à la volonté du patient de ne pas subir un traitement, même s'il estime que ce traitement est vital pour le patient. Le consentement doit être donné volontairement et doit être éclairé, ce qui oblige les médecins à veiller à ce que le patient comprenne, avant de prendre une décision, la nature du traitement, ses risques et ses effets bénéfiques, ainsi que l'existence d'autres mesures

informed consent is rooted in the concepts of an individual's right to bodily integrity and respect for patient autonomy: see *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.).

[19] The common law of consent to medical treatment works well for patients who have the capacity to decide on consent to treatment, in the sense of being able to understand the nature, purpose, and consequences of the proposed treatment. The patient's autonomy interest — the right to decide what happens to one's body and one's life — has historically been viewed as trumping all other interests, including what physicians may think is in the patient's best interests.

[20] However, the traditional common law approach to medical treatment is more problematic when a patient is incapable of appreciating the nature, purpose, and consequences of the proposed treatment. As explained in *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), at pp. 423-24, the common law doctrine of informed consent “presupposes the patient's capacity to make a subjective treatment decision based on her understanding of the necessary medical facts provided by the doctor and on her assessment of her own personal circumstances”. When such capacity is lacking, the patient is not in a position to exercise his autonomy by consenting to or refusing medical treatment.

[21] If a patient is incapable, disputes over consent to treatment at common law are resolved in the courts. The focus shifts from the patient's autonomy interest, which is compromised or extinguished, to whether receiving treatment is in the best interests of the patient. In emergency situations, where treatment is necessary to save the life or preserve the health of an incapable patient, treatment may be provided without consent: *Malette*, at p. 424. In non-emergency situations, treatment may be authorized by a court, acting under its *parens patriae* jurisdiction, or in the case of an incapable minor, by the child's parents or legal guardian. See, e.g., *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.)*

possibles. L'obligation d'obtenir un consentement éclairé repose sur le droit d'un individu à l'intégrité physique et au respect de son autonomie : voir *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.).

[19] Les règles de la common law relatives au consentement à un traitement médical s'appliquent bien dans le cas des patients capables de donner un tel consentement, c'est-à-dire de ceux qui sont en mesure de comprendre la nature, l'objet et les conséquences du traitement proposé. On a toujours considéré que le droit du patient à l'autonomie — soit son droit de prendre des décisions concernant son corps et sa vie — l'emporte sur tout autre droit ou intérêt, y compris sur l'avis des médecins quant à ce qui est dans son intérêt véritable.

[20] Cela dit, l'approche traditionnelle de la common law à l'égard du traitement médical pose davantage problème lorsque le patient est incapable de comprendre la nature, l'objet et les conséquences du traitement proposé. Comme il est expliqué dans *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), p. 423-424, la doctrine du consentement éclairé établie en common law, [TRADUCTION] « pré-suppose que le patient a la capacité de prendre une décision subjective à l'égard d'un traitement, à partir de sa compréhension des éléments pertinents d'ordre médical présentés par le médecin et de l'évaluation qu'il fait de sa situation personnelle ». Le patient qui en est incapable n'est pas en mesure d'exercer son autonomie en donnant ou en refusant son consentement au traitement médical.

[21] En common law, si le patient est incapable, les différends concernant le consentement au traitement sont réglés par les tribunaux. Il ne s'agit plus du droit du patient à l'autonomie, qui est compromis ou éteint, mais plutôt de savoir si l'administration du traitement est dans son intérêt véritable. En situation d'urgence, lorsque le traitement est nécessaire pour sauver la vie ou préserver la santé d'un patient incapable, le traitement peut être administré sans consentement : *Malette*, p. 424. En l'absence d'urgence, le traitement peut être autorisé par un tribunal, qui exerce sa compétence *parens patriae*, ou dans le cas d'un mineur incapable, par les parents de l'enfant ou par son tuteur légal. Voir,

v. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 83; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618 (B.C.S.C.), at p. 629.

B. *The Statutory Scheme*

[22] Many provinces found the common law regime for the treatment of incapable patients unsatisfactory and devised new approaches through legislation. In 1996, the Ontario legislature passed the *HCCA*, which provides a statutory framework governing consent to treatment for capable and incapable patients. Similar legislation has been adopted in other provinces. See *The Health Care Directives Act*, C.C.S.M. c. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 181; *Care Consent Act*, S.Y. 2003, c. 21, Sch. B; *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 11 to 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2.

[23] Each of these statutes provides a framework for resolving the difficult issues surrounding treatment of patients who lack capacity to decide for themselves: *Starson v. Swayze*, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722. Generally speaking, the statutes give effect to the patient's autonomy interest insofar as possible. If the patient's autonomy is compromised by lack of capacity, they seek to balance it against considerations related to the best interests of the patient. Finally, some statutes provide for resolution of disputes by specialized tribunals instead of the courts. The *HCCA* does all these things.

[24] The purposes of the Act are:

1. . . .

- (a) to provide rules with respect to consent to treatment that apply consistently in all settings;
- (b) to facilitate treatment, admission to care facilities, and personal assistance services, for persons

p. ex., *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 83; *Re S.D.*, [1983] 3 W.W.R. 618 (C.S.C.-B.), p. 629.

B. *Le régime législatif*

[22] Plusieurs provinces ont jugé le régime de common law relatif au traitement des patients incapables insatisfaisant et ont élaboré, par voie législative, de nouvelles façons de procéder. En 1996, le législateur ontarien a adopté la *LCSS*, qui établit un cadre législatif régissant le consentement au traitement pour les patients capables et incapables. D'autres provinces ont adopté des lois semblables. Voir *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M. ch. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 181; *Loi sur le consentement aux soins*, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-17.2.

[23] Chacune de ces lois établit un cadre pour le règlement des questions délicates entourant le traitement des patients incapables de décider pour eux-mêmes : *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722. En règle générale, elles donnent effet, dans la mesure du possible, au droit du patient à l'autonomie. Si ce droit est compromis par l'absence de capacité, les lois cherchent à mettre en balance ce droit, d'une part, et les considérations relatives à l'intérêt véritable du patient, d'autre part. Enfin, certaines lois prévoient le règlement des différends par des tribunaux spécialisés plutôt que par les cours de justice. La *LCSS* fait tout cela.

[24] Les objectifs de la Loi sont les suivants :

1. . . .

- a) prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s'appliquent de façon uniforme dans tous les milieux;
- b) faciliter le traitement et l'admission à des établissements de soins des personnes qui n'ont pas

- lacking the capacity to make decisions about such matters;
- (c) to enhance the autonomy of persons for whom treatment is proposed, persons for whom admission to a care facility is proposed and persons who are to receive personal assistance services by,
- (i) allowing those who have been found to be incapable to apply to a tribunal for a review of the finding,
- (ii) allowing incapable persons to request that a representative of their choice be appointed by the tribunal for the purpose of making decisions on their behalf concerning treatment, admission to a care facility or personal assistance services, and
- (iii) requiring that wishes with respect to treatment, admission to a care facility or personal assistance services, expressed by persons while capable and after attaining 16 years of age, be adhered to;
- (d) to promote communication and understanding between health practitioners and their patients or clients;
- (e) to ensure a significant role for supportive family members when a person lacks the capacity to make a decision about a treatment, admission to a care facility or a personal assistance service; and
- (f) to permit intervention by the Public Guardian and Trustee only as a last resort in decisions on behalf of incapable persons concerning treatment, admission to a care facility or personal assistance services.
- la capacité de prendre des décisions concernant ces questions, et faciliter les services d'aide personnelle qui leur sont fournis;
- c) accroître l'autonomie des personnes pour lesquelles un traitement est proposé, de celles dont l'admission à un établissement de soins est proposée et de celles qui doivent recevoir des services d'aide personnelle :
- (i) en permettant à celles dont l'incapacité a été constatée de demander, par voie de requête, à un tribunal administratif de réviser cette constatation,
- (ii) en permettant aux incapables de demander au tribunal administratif de nommer un représentant de leur choix pour prendre en leur nom des décisions concernant le traitement, leur admission à un établissement de soins ou des services d'aide personnelle,
- (iii) en exigeant le respect des désirs que des personnes ont exprimés à l'égard d'un traitement, de leur admission à un établissement de soins ou des services d'aide personnelle devant leur être fournis, lorsqu'elles étaient capables et avaient au moins 16 ans révolus;
- d) favoriser la communication et la compréhension entre les praticiens de la santé et leurs malades ou clients;
- e) veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n'ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement, leur admission à un établissement de soins ou un service d'aide personnelle;
- f) permettre l'intervention, mais seulement en dernier ressort, du Tuteur et curateur public dans les décisions concernant le traitement, l'admission à un établissement de soins ou des services d'aide personnelle, qui sont prises au nom des incapables.

[25] The *HCCA* starts from the general premise that medical treatment cannot be administered without consent: s. 10(1). Building on this premise, the *HCCA* goes on to provide a detailed scheme governing consent to treatment for incapable patients. It provides that a substitute decision-maker must consent to treatment of an incapable patient: ss. 10(1)(b) and 20. The statute sets out a clear

[25] La *LCSS* part de la prémisse générale selon laquelle le traitement médical ne peut être administré sans consentement : par. 10(1). Sur la base de cette prémisse, elle instaure un régime détaillé régissant le consentement au traitement pour les patients incapables. Elle prévoit notamment qu'un mandataire spécial doit donner son consentement au traitement administré à un tel patient : al. 10(1)b)

hierarchy designating who will serve as substitute decision-maker: s. 20(1). This will often be a close family member of the patient, furthering the statutory objective of ensuring “a significant role for supportive family members when a person lacks the capacity to make a decision about a treatment”: s. 1(e).

[26] The substitute decision-maker does not have a free hand to grant or refuse consent at will. She must respect prior applicable wishes of the patient expressed while the patient was capable: s. 21(1). If there are no such wishes, the substitute decision-maker must decide based on the best interests of the patient, taking into consideration a series of mandatory factors relating to the medical condition, well-being, values, and wishes of the patient: s. 21(2).

[27] The *HCCA* does not neglect the role of health practitioners in the treatment of incapable patients. First, where there is a prior wish by the patient, the attending physician may ask the Board to find that the wish is not applicable to the patient’s current circumstances (s. 35), or to permit a departure from the wish because the likely result of treatment has significantly improved since the wish was made: s. 36. Second, if the physician feels that a substitute decision-maker has not complied with the *HCCA*’s rules for giving or refusing consent to treatment, he may challenge the consent decision by application to the Board: s. 37. Such a challenge will generally focus on medical considerations within the s. 21(2) best interests analysis. The physician’s views of what will medically benefit the patient are obviously critical to the Board’s determination of the patient’s best interests. However, the *HCCA* gives the Board final responsibility to decide disputes over consent to treatment for incapable patients, based on an objective assessment of whether the substitute decision-maker complied with the requirements of the *HCCA*.

et art. 20. La Loi établit en outre un ordre hiérarchique clair pour désigner qui remplira la fonction de mandataire spécial : par. 20(1). Il s’agit souvent d’un proche parent du patient, ce qui permet de réaliser l’objectif législatif de veiller à ce que « les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement » : al. 1e).

[26] Le mandataire spécial n’a pas pleine liberté pour donner ou pour refuser son consentement. Il doit se conformer au désir applicable exprimé par le patient lorsqu’il était capable : par. 21(1). Si le patient n’a pas exprimé pareil désir, le mandataire spécial doit prendre une décision en fonction de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, en tenant obligatoirement compte d’une série de facteurs relatifs à l’état de santé du patient, à son bien-être, à ses valeurs et à ses désirs : par. 21(2).

[27] La *LCSS* ne fait pas abstraction du rôle des praticiens de la santé dans le traitement des patients incapables. Premièrement, lorsque le patient a exprimé un désir antérieurement, le médecin traitant peut demander à la Commission de conclure que ce désir n’est pas applicable à la situation du patient (art. 35) ou qu’il est permis de ne pas s’y conformer, au motif que le résultat vraisemblable du traitement sera dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu au moment où le patient avait exprimé son désir : art. 36. Deuxièmement, s’il est d’avis que le mandataire spécial ne s’est pas conformé aux règles de la *LCSS* concernant le consentement ou le refus du consentement à un traitement, le médecin peut contester sa décision par voie de requête devant la Commission : art. 37. Une contestation de ce type porte généralement sur des considérations d’ordre médical dans l’analyse de l’intérêt véritable du patient fondée sur le par. 21(2). L’opinion du médecin quant aux mesures bénéfiques pour le patient sur le plan médical est manifestement essentielle à la détermination par la Commission de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient. La *LCSS* confie toutefois à la Commission la responsabilité ultime de trancher les différends au sujet du consentement au traitement pour les patients incapables après avoir décidé objectivement si le mandataire spécial s’est conformé ou non aux exigences de la *LCSS*.

[28] In summary, the *HCCA* contemplates disputes between physicians and substitute decision-makers over the care of incapable patients, and provides for their resolution by the Board, an independent, quasi-judicial body with specialized jurisdiction over matters of consent to medical treatment.

C. “Treatment”: Measures That Serve a Health-Related Purpose

[29] The *HCCA* requires consent to all measures that constitute “treatment”. Section 10(1) of the Act provides:

10. (1) A health practitioner who proposes a treatment for a person shall not administer the treatment, and shall take reasonable steps to ensure that it is not administered, unless,

- (a) he or she is of the opinion that the person is capable with respect to the treatment, and the person has given consent; or
- (b) he or she is of the opinion that the person is incapable with respect to the treatment, and the person’s substitute decision-maker has given consent on the person’s behalf in accordance with this Act.

[30] “Treatment”, in turn, is broadly defined as care given for *a health-related purpose*. Section 2(1) provides:

. . . anything that is done for a therapeutic, preventive, palliative, diagnostic, cosmetic or other health-related purpose, and includes a course of treatment, plan of treatment or community treatment plan

[31] The issue raised in this case thus comes down to the interpretation of “treatment” and “health-related” purpose under s. 2(1) of the *HCCA*.

[32] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act,

[28] Bref, la *LCSS* s’applique aux différends qui opposent les médecins et les mandataires spéciaux au sujet des soins administrés aux patients incapables, et prévoit leur règlement par la Commission, organisme indépendant, quasi judiciaire et spécialisé en matière de consentement au traitement médical.

C. « Traitement » : mesures visant un but relié au domaine de la santé

[29] La *LCSS* exige le consentement à toutes les mesures qui constituent un « traitement » : son par. 10(1) prévoit ce qui suit :

10. (1) Le praticien de la santé qui propose un traitement pour une personne ne doit pas l’administrer et doit prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce qu’il ne soit pas administré, sauf, selon le cas :

- a) s’il est d’avis que la personne est capable à l’égard du traitement, et qu’elle a donné son consentement;
- b) s’il est d’avis que la personne est incapable à l’égard du traitement, et que le mandataire spécial de la personne a donné son consentement au nom de celle-ci conformément à la présente loi.

[30] Le mot « traitement », quant à lui, est défini en termes généraux et il s’entend des soins administrés dans *un but relié au domaine de la santé*. Le paragraphe 2(1) est ainsi rédigé :

. . . tout ce qui est fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou esthétique, ou dans un autre but relié au domaine de la santé, y compris une série de traitements, un plan de traitement ou un plan de traitement en milieu communautaire. . .

[31] La question soulevée en l’espèce se résume donc à l’interprétation des termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » qui figurent au par. 2(1) de la *LCSS*.

[32] Selon la règle fondamentale d’interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec

the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1. Every statute “shall be given such fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objects”: *Legislation Act, 2006*, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64(1).

[33] There is no dispute between the parties that, in general, the provision of life support constitutes treatment under the *HCCA* and therefore requires consent. The question is whether withdrawal of life support constitutes treatment on the facts of this case. The physicians argue that it does not. They raise three arguments: (1) life support that is not “medically indicated” is not “treatment” under the *HCCA*; (2) in any case, withdrawal of treatment does not itself constitute “treatment” under the *HCCA*; and (3) requiring consent for withdrawal of life support will place them in an untenable ethical position. I will consider each argument in turn.

D. *The Argument That “Treatment” Is Confined to What Is of Medical Benefit to the Patient*

[34] The physicians argue that treatment under the *HCCA* is limited to what the attending physician or caregiver deems to be of *medical benefit* to the patient (in other words, what is medically indicated). Mr. Rasouli’s physicians have concluded that life support no longer offers a medical benefit, despite keeping him alive, given his unconscious state and the extreme unlikelihood of his recovery. It follows, they argue, that the provision of life support to Mr. Rasouli has ceased to be treatment under the *HCCA*, obviating the need for consent to its withdrawal.

[35] The difficulty with the physicians’ argument is that it substitutes a physician-made criterion for treatment (medical benefit) for the criterion

l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1. Les lois doivent « s’interpr[éter] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de ses objets » : *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, par. 64(1).

[33] Les parties ne contestent pas que, de façon générale, l’administration du traitement de maintien de la vie constitue un traitement au sens de la *LCSS* et exige donc un consentement. Il s’agit plutôt de savoir si le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement vu les faits de l’espèce. Les médecins soutiennent que ce n’est pas le cas. Ils présentent trois arguments : (1) le traitement de maintien de la vie qui n’est pas [TRADUCTION] « indiqué sur le plan médical » ne constitue pas un « traitement » au sens de la *LCSS*; (2) de toute manière, le retrait d’un traitement ne constitue pas en soi un « traitement » au sens de la *LCSS*; et (3) l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie les placera dans une position éthique intenable. Je vais examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

D. *L’argument portant que le terme « traitement » se résume aux mesures qui ont un effet bénéfique pour le patient*

[34] Selon les médecins, le traitement au sens de la *LCSS* se résume aux mesures que le médecin traitant ou le fournisseur de soins estime avoir un *effet bénéfique* pour le patient (autrement dit, au traitement indiqué sur le plan médical). Les médecins de M. Rasouli ont conclu que le traitement de maintien de la vie n’a plus d’effet bénéfique pour lui, même s’il le garde en vie, étant donné son état d’inconscience et la probabilité extrêmement faible qu’il se rétablisse. Selon les médecins, l’administration à M. Rasouli du traitement de maintien de la vie ne constitue donc plus un traitement au sens de la *LCSS*, ce qui élimine le besoin d’obtenir le consentement à son retrait.

[35] Le problème que pose l’argument des médecins est qu’il substitue un critère établi par les médecins à l’égard d’un traitement (effet bénéfique) au

specified in the *HCCA* for consent (health-related purpose). These concepts sound similar, but they are in reality different.

[36] The concept of “medical benefit” is a clinical term used by physicians to determine whether a given procedure should be offered to a patient. This clinical term has legal implications for the physician’s standard of care. If a treatment would be of medical benefit to the patient in this sense, the physician may be required to offer that treatment in order to comply with his standard of care. Whether a given treatment offers a medical benefit requires a contextual assessment of the patient’s circumstances, including the patient’s condition and prognosis, the expected result of treatment for that patient, and any risks of treatment for that patient: A.F., at para. 44.

[37] The concept of “health-related purpose”, by contrast, is a legal term used in the *HCCA* to set limits on when actions taken by health practitioners will require consent under the statute. “Treatment” is “anything that is done” for one of the enumerated purposes (therapeutic, preventive, palliative, diagnostic and cosmetic) or “other health-related purpose”. Under the *HCCA*, only acts undertaken for a health-related purpose constitute treatment, and therefore require consent. The concept of health-related purpose in the *HCCA* does not interfere with a physician’s professional assessment of whether a procedure offers a medical benefit. Its only function is to determine when the actions of health care practitioners require patient consent.

[38] The issue here is not the correctness of the physicians’ professional opinion that sustaining life in Mr. Rasouli’s situation confers no medical benefit. In fact, their opinion appears to reflect a widely accepted view in the medical community. The issue

critère prescrit par la *LCSS* à l’égard du consentement (relié au domaine de la santé). Ces notions paraissent semblables, mais, en réalité, elles sont distinctes.

[36] Le terme clinique « effet bénéfique » renvoie à une notion utilisée par les médecins pour établir s’il convient d’offrir d’administrer une procédure donnée à un patient. Ce terme clinique entraîne des conséquences juridiques en ce qui a trait à la norme de diligence applicable au médecin. Si le traitement a un effet bénéfique pour le patient en ce sens, le médecin peut être tenu d’offrir d’administrer ce traitement pour respecter la norme de diligence à laquelle il doit satisfaire. Pour répondre à la question de savoir si un traitement donné présente un effet bénéfique, il faut procéder à une évaluation contextuelle de la situation du patient, notamment de son état et de son pronostic, du résultat prévu du traitement dans le cas du patient et des risques que le traitement comporte pour ce patient : m.a., par. 44.

[37] Par contre, la notion juridique de « but relié au domaine de la santé » est utilisée dans la *LCSS* pour limiter les cas où les praticiens de la santé auront besoin d’un consentement sous le régime de la Loi. Le « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait » dans l’un des buts énumérés (thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou cosmétique) ou dans « un autre but relié au domaine de la santé ». Sous le régime de la *LCSS*, seuls les actes accomplis dans un but relié au domaine de la santé constituent un traitement et requièrent donc un consentement. La notion de but relié au domaine de la santé énoncée dans la *LCSS* ne fait pas obstacle à l’évaluation professionnelle du médecin pour déterminer si une procédure présente un effet bénéfique sur le plan médical. Elle ne sert que lorsqu’il s’agit de déterminer les cas où les praticiens de la santé ont besoin du consentement du patient.

[38] En l’espèce, le litige ne concerne pas l’exactitude de l’opinion professionnelle des médecins selon laquelle le maintien en vie n’a aucun effet bénéfique dans le cas de M. Rasouli. En fait, leur opinion semble refléter un point de vue largement

at this stage of the argument is whether maintaining Mr. Rasouli's life serves a health-related purpose within the meaning of the *HCCA*.

[39] The wording of the *HCCA* does not limit "health-related purpose" to what the attending physician considers to medically benefit the patient. The *HCCA* does not use the terms "medical benefit" or "medically indicated". The legislature could easily have taken this approach but instead chose to define "treatment" more broadly with a wide-ranging and non-exhaustive list of health-related purposes.

[40] The words of the *HCCA* on their face cover provision of life support that is effective in keeping the patient alive and forestalling death. Life support arguably falls within "therapeutic" and "preventive" purposes, listed in the definition of "treatment" in s. 2(1).

[41] The *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines "therapeutic" as "relating to the healing of disease", but also as "having a good effect on the body or mind" (p. 1922). Maintaining life support for Mr. Rasouli does not serve the purpose of "healing of disease". However, it can be argued that maintaining life support has a "good effect on the body", in the sense of keeping it alive.

[42] The same dictionary defines "preventive" as describing a medicine or other treatment "designed to stop disease or ill health from occurring" or "designed to keep something undesirable such as illness, harm, or accidents from occurring" (p. 1469). If death is considered harmful or a manifestation of ill health, then life support serves a preventive purpose so long as it is effective in preventing death.

[43] Inclusion of life support in "treatment" is also generally supported by the objects of the *HCCA*. It provides consistency with respect to consent,

répandu dans la communauté médicale. À la présente étape, il s'agit plutôt de savoir si le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli vise un but relié au domaine de la santé au sens de la *LCSS*.

[39] Le libellé de la *LCSS* n'a pas pour effet de restreindre le « but relié au domaine de la santé » à un traitement ayant, selon le médecin traitant, un effet bénéfique pour le patient. La *LCSS* n'emploie pas les termes « effet bénéfique sur le plan médical » ou « indiqué sur le plan médical ». Le législateur aurait très bien pu procéder ainsi, mais il a plutôt choisi de définir le mot « traitement » de façon plus large en dressant une liste vaste et non exhaustive de buts reliés au domaine de la santé.

[40] Le libellé de la *LCSS* vise à sa face même le traitement de maintien de la vie qui est efficace pour préserver la vie du patient et empêcher son décès. Le traitement de maintien de la vie relève vraisemblablement d'un but « thérapeutique » et « préventif », au sens de la définition du terme « traitement » énoncée au par. 2(1).

[41] Le *Trésor de la langue française informatisé* (en ligne), définit le terme « thérapeutique » comme ce « [q]ui se rapporte au traitement des maladies », mais aussi comme « [c]e qui adoucit, abolit les maux [du corps et] de l'âme ». Le fait de continuer à administrer à M. Rasouli le traitement de maintien de la vie ne vise pas le but qui se rapporte au « traitement des maladies ». Cependant, il est possible d'affirmer que cela « adoucit, abolit les maux [du corps] », en ce sens où ce traitement maintient le patient en vie.

[42] Le même dictionnaire définit le terme « préventif » comme se rapportant à un remède ou à un traitement « [d]estiné à prévenir une maladie » ou « [d]estiné à éviter une chose fâcheuse, un mal prévisible ». Si le décès est considéré comme la manifestation d'une maladie ou d'un mal, alors le traitement de maintien de la vie vise un but préventif dans la mesure où il permet de prévenir le décès.

[43] L'inclusion du traitement de maintien de la vie dans la définition du terme « traitement » trouve également appui, de façon générale, dans

protects autonomy through the requirement of consent, and provides a meaningful role in the consent process for family members. An interpretation of “treatment” that is confined to what the medical caregiver considers to be of medical benefit to the patient would give these statutory purposes short shrift. The legislature cannot have intended such a crabbed interpretation of “treatment”.

[44] Reading the words of the statute in their ordinary sense and in their context, and having regard to the objects and scheme of the Act, I cannot accept the physicians’ argument that “treatment” and “health-related purpose” are confined to procedures that are of medical benefit in the view of the patient’s medical caregivers.

E. *The Argument That “Treatment” Does not Extend to Withdrawal of Treatment*

[45] The physicians argue that withdrawal of life support does not constitute “treatment” under the *HCCA*, because it is not treatment but *withdrawal* of treatment. They argue that the Act distinguishes between administering a particular type of care, which is “treatment” requiring consent, and removing that care, which is not “treatment” and does not require consent. Consequently, they argue, withdrawal of Mr. Rasouli’s life support does not require Ms. Salasel’s consent. I conclude that this argument cannot succeed, essentially because withdrawal of life support involves — indeed may be viewed as consisting of — a series of acts that serve health-related purposes, and because the critical interests at stake where withdrawal of life support is concerned go to the heart of the purposes of the *HCCA*.

[46] On its face, the definition of “treatment” in s. 2(1) appears broad enough to include “withdrawal of treatment”. The opening words of the definition could not be more expansive: “. . . anything that is done” for one of the enumerated

les objectifs de la *LCSS*. Elle garantit l’uniformité relativement au consentement, protège l’autonomie par l’exigence d’obtenir le consentement et confère un rôle important aux membres de la famille dans le processus de consentement. Donner au terme « traitement » une interprétation qui se limiterait aux mesures que le fournisseur de soins estime présenter un effet bénéfique pour le patient aurait pour effet d’écarter ces objectifs de la Loi. Le législateur ne peut avoir envisagé une interprétation aussi byzantine du terme « traitement ».

[44] Compte tenu du sens ordinaire des termes de la Loi et de leur contexte ainsi que des objets de la Loi et de son esprit, je ne peux accepter l’argument des médecins voulant que les termes « traitement » et « but relié au domaine de la santé » ne visent que les procédures qui ont un effet bénéfique sur le plan médical d’après les fournisseurs de soins du patient.

E. *L’argument portant que le mot « traitement » ne s’applique pas au retrait d’un traitement*

[45] Les médecins font valoir que le retrait du traitement de maintien de la vie ne constitue pas un « traitement » au sens de la *LCSS*, puisqu’il s’agit plutôt du *retrait* d’un traitement. À leur avis, la Loi fait la distinction entre l’administration d’une catégorie particulière de soins, constituant un « traitement » qui exige le consentement, et le retrait de ces soins, qui ne constitue pas un « traitement » et n’exige pas de consentement. Les médecins soutiennent donc que le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli n’exige pas le consentement de M^{me} Salasel. Je conclus que cet argument ne peut être retenu, essentiellement parce que le retrait du traitement de maintien de la vie comporte — et, en fait, peut être perçu comme — une série d’actes qui visent des buts reliés au domaine de la santé, et parce que les intérêts cruciaux qui sont en jeu à cet égard touchent à l’essence même des objectifs de la *LCSS*.

[46] À sa face même, la définition du terme « traitement » énoncée au par. 2(1) semble assez large pour comprendre le « retrait d’un traitement ». En effet, le début de la définition ne saurait avoir une plus grande portée : « traitement » s’entend de

health-related purposes or other health-related purpose is included in “treatment”.

[47] The breadth of the concept of “treatment” is reinforced by the express exclusions from this term under the *HCCA*. For example, the assessment or examination of a person, the taking of a person’s health history, and the communication of an assessment or diagnosis are all excluded from the definition of “treatment”: s. 2(1). That the legislature felt it necessary to specify that such actions are not included within the definition of treatment strengthens the view that “treatment” was intended to have a very broad meaning.

[48] The regulatory powers conferred by the *HCCA* further support this conclusion. The statute provides machinery for the scope of the term “treatment” to be narrowed by regulation, but not to be enlarged. The Lieutenant Governor in Council may pass regulations prescribing actions that do not constitute treatment, but cannot prescribe actions that constitute treatment: ss. 2(1) and 85(1)(f). The delegated authority to narrow, but not to enlarge, the definition of “treatment” suggests that the legislature intended the overall concept of treatment to be broadly construed.

[49] Given the breadth of the definition of “treatment” articulated in the *HCCA*, it seems on first impression that withdrawal of treatment could fall within this term. Withdrawal or discontinuance of a given treatment clearly may be something done for a therapeutic, preventive, palliative, or other health-related purpose.

[50] The scheme of the *HCCA* suggests that the legislature contemplated that withdrawal of treatment requires consent in some cases. One form of treatment identified under the *HCCA* is a “plan of treatment”, which is a defined term under the statute: s. 2(1). A physician may obtain consent for a plan of treatment that provides for various treatments and may provide for the *withholding or withdrawal* of treatment: ss. 2(1) and 13.

« tout ce qui est fait » dans l’un des buts reliés au domaine de la santé qui sont énumérés ou dans un autre but relié au domaine de la santé.

[47] La vaste portée de la notion de « traitement » se trouve renforcée par les exclusions expresses énoncées dans la *LCSS*. Par exemple, l’évaluation ou l’examen d’une personne, l’obtention des antécédents en matière de santé et la communication d’une évaluation ou d’un diagnostic sont exclus de la définition de « traitement » : par. 2(1). Le législateur a jugé nécessaire de préciser que ces mesures ne répondent pas à la définition de traitement, ce qui vient renforcer l’argument selon lequel ce terme est censé avoir un sens très large.

[48] Les pouvoirs de réglementation conférés par la *LCSS* confirment également cette conclusion. En effet, la Loi fournit un instrument permettant de limiter par voie réglementaire la portée du terme « traitement », mais non de l’élargir. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, prescrire ce qui ne constitue pas un traitement, mais ne peut pas prescrire ce qui en constitue : par. 2(1) et al. 85(1)f). Le pouvoir délégué permettant de limiter, mais non d’élargir, la définition de « traitement » indique que le législateur a voulu que la notion globale de traitement soit interprétée largement.

[49] Compte tenu de la vaste portée de la définition du terme « traitement » formulée dans la *LCSS*, il semble, à première vue, que le retrait d’un traitement pourrait tomber sous le coup de cette définition. En effet, il est manifestement possible que le retrait ou l’interruption d’un traitement donné soit fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, ou dans un autre but relié au domaine de la santé.

[50] Le régime créé par la *LCSS* suggère que le législateur a prévu que le retrait du traitement exige le consentement dans certains cas. Une des formes de traitement désignées par la *LCSS* consiste en un « plan de traitement », terme défini par la Loi : par. 2(1). Le médecin peut obtenir le consentement au regard d’un plan de traitement qui comporte divers traitements et peut prévoir le *refus d’administrer un traitement ou le retrait* d’un

Section 29(3) then states that if a treatment is withheld or withdrawn in accordance with a plan of treatment that the physician believes reasonably and in good faith was consented to, the physician is not liable for withholding or withdrawing the treatment. This provision would serve no purpose if consent were not required for the withholding or withdrawal of treatment in some circumstances.

[51] The objects of the *HCCA* also support the view that “treatment” may include withdrawal of treatment. The values of autonomy — critical where life is at stake — and providing a meaningful role for family members support regarding withdrawal of life support as “treatment” requiring consent. These values must be balanced against that of ensuring appropriate care for incapable patients. The *HCCA* aims to strike the right balance among these values. Its purposes would be ill served by an interpretation that holds withdrawal of life support cannot constitute “treatment” under the Act.

[52] Nor can I accept that the *HCCA* does not encompass withdrawal of life support because the legislature’s intention was simply to codify the common law. Nothing in the *HCCA* suggests that it is merely a codification of the common law. While the *HCCA* builds on the common law, its consent requirement is in some ways broader and in other ways narrower than the common law, based as it is on the detailed definition of “treatment” in s. 2(1): B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2nd ed. 1997), at pp. 7, 10 and 163. For anything done which is outside the definition of “treatment”, the common law applies: s. 8(2). For anything done which is inside the definition of “treatment”, the *HCCA* applies. The *HCCA* goes on to provide an administrative scheme that is entirely independent of the common law.

traitement : par. 2(1) et art. 13. Le paragraphe 29(3) précise ensuite que, si un traitement n’est pas administré ou est retiré conformément à un plan de traitement que le médecin croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et en toute bonne foi, faire l’objet d’un consentement, ce dernier ne peut être tenu responsable d’avoir refusé d’administrer le traitement ou de l’avoir retiré. Cette disposition perdrait toute son utilité si le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement ne faisait pas l’objet d’un consentement dans certaines circonstances.

[51] Les objectifs de la *LCSS* appuient aussi l’argument selon lequel la définition du terme « traitement » peut inclure le retrait d’un traitement. Les valeurs de l’autonomie — élément crucial lorsque la vie de quelqu’un est en jeu — et le rôle important que jouent les membres de la famille justifient de considérer le retrait du traitement de maintien de la vie comme un « traitement » auquel il faut consentir. Ces valeurs doivent être évaluées au regard de la garantie relative à l’administration des soins appropriés aux patients incapables. La *LCSS* vise à établir le juste équilibre entre ces valeurs. Considérer que le retrait du traitement de maintien de la vie ne saurait constituer un « traitement » au sens de la Loi nuirait à l’atteinte de ses objectifs.

[52] Je ne peux non plus accepter la thèse voulant que la *LCSS* n’englobe pas le retrait d’un traitement de maintien de la vie du fait que le législateur avait simplement l’intention de codifier les règles de la common law. Rien dans la *LCSS* ne donne à penser qu’il ne s’agit que d’une codification de ces règles. Bien que la *LCSS* repose sur la common law, ses exigences en matière de consentement ont, à certains égards, une portée plus large que la common law et, à d’autres, une portée plus étroite, compte tenu de la définition détaillée du terme « traitement » énoncée au par. 2(1) : B. F. Hoffman, *The Law of Consent to Treatment in Ontario* (2^e éd. 1997), p. 7, 10 et 163. Toute mesure qui n’est pas comprise dans la définition du terme « traitement » est régie par la common law : par. 8(2). Toute mesure qui est comprise dans la définition du terme « traitement » est régie par la *LCSS*. La Loi prévoit également un régime administratif qui est tout à fait indépendant de la common law.

[53] Even if the *HCCA* merely codified the common law, this would not answer the question of whether consent is required for withdrawal of life support. The common law is not at all settled on this issue. While the common law has traditionally viewed consent as giving patients the right to refuse medical care rather than to refuse its withdrawal, courts have struggled with the applicability of this paradigm in the end-of-life context and have reached divergent conclusions: see, e.g., *Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, at paras. 22 and 25; *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340, at para. 48; *Children’s Aid Society of Ottawa-Carleton v. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194 (Ont. S.C.J.), at paras. 33-34.

[54] The arguments just reviewed undermine the view that withdrawal of life support is not “treatment” requiring consent. The physicians, however, advance two counter-arguments.

[55] The first is textual. It is argued that by expressly including withdrawal of treatment in “plan of treatment”, the legislature indicated that it did not intend withdrawal of treatment to be treatment requiring consent unless the withdrawal is part of a plan of treatment.

[56] However, it is difficult to draw inferences of legislative intent on point from these provisions. As pointed out by the courts below, measures must be “treatment” to be included within a “plan of treatment”, making the necessary process of inference circular. Moreover, it is unclear what the legislature meant by “plan of treatment”. A plan of treatment entails obtaining consent to all elements of the plan: s. 13. But the *HCCA* does not clarify whether a plan of treatment is fixed and must be fully specified in advance, or whether it permits flexible alteration in response to changes in the patient’s situation — an understanding that might extend to a case such as this. Whatever the correct

[53] Même si la *LCSS* était uniquement une codification de la common law, cela n’apporterait pas de réponse à la question de savoir si le retrait d’un traitement de maintien de la vie nécessite ou non le consentement. En effet, la common law est loin d’avoir tranché cette question. Bien que les tribunaux aient traditionnellement interprété le consentement comme donnant le droit au patient de refuser des soins médicaux plutôt que de refuser le retrait de ces soins, l’applicabilité de ce paradigme dans le contexte de fin de vie a donné du fil à retordre aux tribunaux qui sont arrivés à des conclusions différentes à cet égard : voir, p. ex., *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, par. 22 et 25; *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340, par. 48; *Children’s Aid Society of Ottawa-Carleton c. C. (M.)* (2008), 301 D.L.R. (4th) 194 (C.S.J. Ont.), par. 33-34.

[54] Les arguments que je viens d’examiner minent l’opinion selon laquelle le retrait du traitement de maintien de la vie ne constitue pas un « traitement » qui exige le consentement. Les médecins avancent cependant deux contre-arguments.

[55] Le premier porte sur le texte de la Loi. Ils font valoir que, en incluant expressément le retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement », le législateur a indiqué ne pas vouloir que le retrait d’un traitement soit un traitement qui exige le consentement, à moins qu’il ne fasse partie d’un plan de traitement.

[56] Il est toutefois difficile de tirer de ces dispositions des inférences sur l’intention du législateur. Comme l’ont fait observer les tribunaux d’instance inférieure, les mesures visées doivent constituer un « traitement » pour qu’elles soient incluses dans un « plan de traitement », ce qui inscrit le processus de déduction nécessaire dans un cercle vicieux. De plus, il est difficile d’établir ce que le législateur entendait par le terme « plan de traitement » qui, lui, nécessite d’obtenir le consentement relatif à tous ses éléments constitutifs : art. 13. Or, la *LCSS* n’indique pas si le plan de traitement est fixe et doit être précisé complètement à l’avance, ou s’il est souple et

response to these questions, the point is simply that it is not clear that the legislature intended only withdrawals of treatment that are part of a “plan of treatment” to be “treatment” under the *HCCA*.

[57] Moreover, common sense suggests that the legislature cannot have intended withdrawal of life support to require consent only in the context of a plan of treatment. This would place the issue of consent at the sole discretion of physicians. A plan of treatment is simply a way in which physicians may choose to group and present various treatments to the patient for the purpose of obtaining consent. Allowing physicians to unilaterally determine whether consent is required in any given case cuts against patient autonomy and the statutory objective of providing consent rules that apply consistently in all settings: s. 1(a).

[58] The second argument against regarding treatment as including withdrawal of life support is that it could lead to deeply undesirable results. If consent is required for withdrawal of life support, patients could arguably compel the continuation of any treatment, regardless of its medical implications. The legislature cannot have intended this. Common sense suggests that many withdrawals of treatment — for example, refusal to renew a prescription for a drug that may harm a patient — must be excluded from the definition of “treatment” under the Act.

[59] The difficulty with this argument is that it treats everything that can be termed a withdrawal of treatment — from refusal to refill a prescription to ending life support — as equivalent for purposes of consent under the *HCCA*. A more nuanced view that withdrawal of treatment may sometimes, although not always, constitute “treatment” better

permet de répondre aux changements survenus dans la situation du patient — interprétation qui pourrait s’appliquer en l’espèce. Quelle que soit la bonne réponse à ces questions, en fait, il n’est pas certain que le législateur ait voulu que seul le retrait de traitements faisant partie d’un « plan de traitement » soit considéré comme un « traitement » au sens de la *LCSS*.

[57] De plus, le bon sens veut que le législateur n’ait pas souhaité que le retrait d’un traitement de maintien de la vie requière le consentement seulement dans le contexte d’un plan de traitement. La question du consentement serait ainsi à la discrétion exclusive des médecins. Le plan de traitement est simplement un moyen, que peuvent choisir les médecins, de regrouper et de présenter les divers traitements au patient dans le but d’obtenir le consentement. Permettre aux médecins de déterminer unilatéralement si le consentement est nécessaire dans un cas donné va à l’encontre de l’autonomie du patient et de l’objet de la Loi visant à prévoir des règles en matière de consentement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux : al. 1a).

[58] Selon le deuxième argument avancé pour soutenir que le terme « traitement » ne vise pas le retrait du traitement de maintien de la vie, le point de vue contraire pourrait avoir des conséquences très fâcheuses. S’il faut consentir au retrait du traitement de maintien de la vie, le patient pourrait forcer la poursuite de tout traitement, peu importe ses répercussions sur le plan médical. Le législateur ne peut avoir souhaité pareil résultat. Le bon sens veut que de nombreux cas de retrait d’un traitement — par exemple, le refus de renouveler une ordonnance pour un médicament qui peut nuire au patient — doivent être exclus de la définition de « traitement » figurant dans la Loi.

[59] Le problème que pose cet argument est qu’il considère toutes les mesures pouvant être qualifiées de retrait d’un traitement — allant du refus de renouveler une ordonnance au retrait du traitement de maintien de la vie — comme équivalentes aux fins du consentement sous le régime de la *LCSS*. Un point de vue plus nuancé voulant que le retrait d’un

fits the provisions of the *HCCA* and the realities of medical care.

[60] At a minimum, if the processes involved in withdrawal of care are health-related, they do not cease to be treatment merely because one labels them cumulatively as “withdrawal of treatment”. This applies to withdrawal of life support, as described in this case. The reality is that in Mr. Rasouli’s situation, the distinction between “treatment” and “withdrawal of treatment” is impossible to maintain. The withdrawal consists of a number of medical interventions, most if not all done for health-related purposes. Viewed globally, a series of distinct acts may be viewed as “withdrawal” of treatment. But viewed individually, each act may be seen as having a health-related purpose, and hence constitute “treatment” requiring consent.

[61] The precise elements of withdrawal of life support will vary from case to case, but the substance of what is being done is the same: the provision of life-sustaining treatment is brought to an end and appropriate care is provided to ease suffering and prevent indignity at the end of life. Typically, the steps taken in withdrawal of life support are either physically required to effect the process of dying or directed to minimizing distress and discomfort as the dying process occurs. Providing services to address these problems serves health-related purposes within the meaning of s. 2(1) of the *HCCA*.

[62] Many of the acts involved in withdrawal of life support entail physical interference with the patient’s body. The reality is that while “withdrawal” sounds like purely negative conduct, it typically involves physically touching or performing procedures upon the patient’s body. This is borne out by the case law of the Consent and Capacity Board: see *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; and also *Golubchuk*, at para. 23.

traitement constitue parfois, mais pas toujours, un « traitement » s’accorde mieux avec les dispositions de la *LCSS* et avec la réalité des soins médicaux.

[60] À tout le moins, si les processus entourant le retrait des soins sont reliés au domaine de la santé, ils ne cessent pas d’être des « traitements » pour la seule raison qu’ils sont qualifiés globalement de « retrait du traitement ». Cela vaut pour le retrait du traitement de maintien de la vie dont il est question en l’espèce. En réalité, dans le cas de M. Rasouli, il est impossible de maintenir la distinction entre « traitement » et « retrait d’un traitement ». De fait, le retrait d’un traitement comporte plusieurs interventions médicales, dont la plupart, voire la totalité, visent un but relié au domaine de la santé. Pris globalement, une série d’actes distincts peuvent être considérés comme constituant le « retrait » d’un traitement. Pris individuellement, chacun de ces actes peut être considéré comme visant un but relié au domaine de la santé et constitue donc un « traitement » qui exige le consentement.

[61] Les éléments précis du retrait du traitement de maintien de la vie varient d’un cas à l’autre, mais le fond reste le même : on retire le traitement de maintien de la vie et on administre les soins appropriés pour soulager la souffrance et préserver la dignité à la fin de la vie. En général, les mesures prises en vue de retirer le traitement de maintien de la vie sont nécessaires sur le plan physique pour provoquer l’agonie ou visent à réduire la détresse et le malaise pendant qu’elle se déroule. La prestation de services pour remédier à ces problèmes vise un but relié au domaine de la santé au sens du par. 2(1) de la *LCSS*.

[62] Bon nombre des actes concernant le retrait du traitement de maintien de la vie entraînent une intervention physique sur le corps du patient. Dans les faits, bien qu’il semble renvoyer à un comportement tout à fait négatif, le terme « retrait » suppose en général un contact physique avec le corps du patient et des interventions sur le corps du patient. Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence de la Commission : voir *E.J.G. (Re)*, 2007 CanLII 44704; *G. (Re)*, 2009 CanLII 25289; voir également *Golubchuk*, par. 23.

[63] Under the *HCCA*, as at common law, physical interference requires consent. The right to be free from unwanted physical interference goes to the heart of the law of consent to medical treatment. As described by the Ontario Court of Appeal in *Malette*, at p. 423:

The right of a person to control his or her own body is a concept that has long been recognized at common law. The tort of battery has traditionally protected the interest in bodily security from unwanted physical interference. Basically, any intentional nonconsensual touching which is harmful or offensive to a person's reasonable sense of dignity is actionable. . . . Thus, as a matter of common law, a medical intervention in which a doctor touches the body of a patient would constitute a battery if the patient did not consent to the intervention.

[64] Furthermore, withdrawal of life support, on the evidence here, entails the provision of palliative care. The case law of the Board suggests that this will generally be the case. Physicians regularly administer palliative care upon the removal of life support: see *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907, at p. 21; *G. (Re)*.

[65] The Court of Appeal held that withdrawal of life support and the administration of end-of-life palliative care are integrally linked. It reasoned that removal of mechanical ventilation is a necessary precondition to end-of-life palliative care and end-of-life palliative care is a necessary response to removal of the ventilator. Since the administration of palliative care clearly requires consent, the court concluded that consent should be required for the entire "treatment package", including the removal of the ventilator (at paras. 50-52).

[66] The Court of Appeal's "treatment package" approach has been criticized on the basis that removal of life support will not invariably trigger the need for palliative care, and that the administration of palliative care may actually precede the decision to remove life support.

[63] Sous le régime de la *LCSS*, tout comme en common law, l'intervention physique exige un consentement. Le droit d'être protégé contre des interventions physiques non souhaitées touche au cœur même du droit du consentement au traitement médical. Comme l'explique la Cour d'appel de l'Ontario dans *Malette*, p. 423 :

[TRADUCTION] Le droit d'une personne de disposer de son propre corps est reconnu depuis longtemps en common law. Le délit de voies de fait a traditionnellement eu pour objet de préserver l'intégrité corporelle d'une personne contre les interventions non souhaitées. Essentiellement, tout attouchement intentionnel et non consensuel qui est préjudiciable ou qui heurte un sentiment légitime de dignité peut donner lieu à des poursuites. [. . .] Ainsi, en common law, une intervention médicale par laquelle un médecin touche le corps d'un patient constituera des voies de fait si le patient n'a pas consenti à l'intervention.

[64] En outre, le retrait du traitement de maintien de la vie entraîne, selon la preuve produite en l'espèce, l'administration de soins palliatifs. Il ressort de la jurisprudence de la Commission qu'il en est généralement ainsi. Les médecins administrent régulièrement des soins palliatifs à la suite du retrait du traitement de maintien de la vie : voir *A.K. (Re)*, 2011 CanLII 82907, p. 21; *G. (Re)*.

[65] La Cour d'appel a conclu que le retrait du traitement de maintien de la vie et l'administration des soins palliatifs sont intrinsèquement reliés. Elle a estimé que le retrait de la ventilation artificielle constituait une condition préalable essentielle à l'administration des soins palliatifs et qu'il entraînait nécessairement l'administration des soins palliatifs. Puisque l'administration de ces soins exige clairement un consentement, la cour a conclu qu'il fallait consentir au « traitement global », y compris au retrait du ventilateur mécanique (par. 50-52).

[66] L'approche de la Cour d'appel fondée sur la notion de « traitement global » a été critiquée au motif que le retrait du traitement de maintien de la vie ne déclenche pas invariablement le besoin de soins palliatifs, et que l'administration des soins palliatifs peut en fait précéder la décision de retirer le traitement de maintien de la vie.

[67] While the Court of Appeal's assertion that removal of life support will *always* lead to the administration of end-of-life palliative care may be too broad, the evidence shows that palliative care will be administered in the process of withdrawal of life support in cases like Mr. Rasouli's. It may be impossible to predict precisely how much distress the patient will suffer in the dying process, and hence what palliative care will be required. But what seems clear is that palliative care will inevitably be administered in Ontario hospitals as part of the process of withdrawing life support in cases like Mr. Rasouli's. The simple fact is that appropriate medical care at the end of life, including palliative care, is closely tied to the withdrawal of life support.

[68] In summary, withdrawal of life support aims at the health-related purpose of preventing suffering and indignity at the end of life, often entails physical interference with the patient's body, and is closely associated with the provision of palliative care. Withdrawal of life support is inextricably bound up with care that serves health-related purposes and is tied to the objects of the Act. By removing medical services that are keeping a patient alive, withdrawal of life support impacts patient autonomy in the most fundamental way. The physicians' attempt to exclude withdrawal of life support from the definition of "treatment" under s. 2(1) of the *HCCA* cannot succeed.

[69] The practice of the Board, although not determinative, reinforces the conclusion that treatment under s. 2(1) includes withdrawal of life support. Whether implicit or explicit, a specialized tribunal's interpretation of its home statute constitutes persuasive authority: Sullivan, at p. 621; P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 584-85. The Board has regularly exercised its jurisdiction in cases where physicians

[67] Si l'affirmation de la Cour d'appel, selon laquelle le retrait du traitement de maintien de la vie entraînera *toujours* l'administration des soins palliatifs, est possiblement trop large, la preuve démontre que des soins palliatifs seront administrés dans le cadre du processus de retrait du traitement de maintien de la vie dans des cas comme celui de M. Rasouli. Il peut être impossible de prédire avec exactitude le niveau de détresse qu'éprouvera le patient durant son agonie, et donc, les soins palliatifs qui seront nécessaires. Cela dit, il semble évident que des soins palliatifs seront systématiquement administrés dans les hôpitaux ontariens dans le cadre du processus de retrait du traitement de maintien de la vie dans des cas comme celui de M. Rasouli. En fait, l'administration des soins médicaux appropriés en fin de vie, y compris des soins palliatifs, est étroitement liée au retrait du traitement de maintien de la vie.

[68] En résumé, le retrait du traitement de maintien de la vie vise le but relié au domaine de la santé qui consiste à prévenir les souffrances et à préserver la dignité à la fin de la vie, entraîne souvent une intervention physique sur le corps du patient et a un lien étroit avec l'administration de soins palliatifs. Le retrait du traitement de maintien de la vie est inextricablement lié aux soins qui visent un but relié au domaine de la santé et aux objectifs de la Loi. En supprimant des services médicaux qui servent à garder le patient en vie, le retrait du traitement de maintien de la vie a une incidence des plus considérables sur l'autonomie du patient. La tentative des médecins d'exclure le retrait du traitement de maintien de la vie de la définition du terme « traitement » au sens du par. 2(1) de la *LCSS* ne saurait donc réussir.

[69] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la pratique de la Commission renforce la conclusion que le « traitement » au sens du par. 2(1) englobe le retrait du traitement de maintien de la vie. Qu'elle soit expresse ou implicite, l'interprétation que donne un tribunal spécialisé de sa loi constitutive reste convaincante : Sullivan, p. 621; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2011), p. 633. Or, la Commission a régulièrement exercé sa compétence

proposed to withdraw life support, consistent with the view that withdrawal of life support constitutes “treatment” under the *HCCA*: see *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *G. (Re)*. Courts on review have endorsed this interpretation: see *Scardoni v. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700 (S.C.J.).

[70] These considerations lead me to conclude that “treatment” in the *HCCA* should be understood as extending to withdrawal of life support in the situation at issue here and as that process is described in these proceedings. This case does not stand for the proposition that consent is required under the *HCCA* for withdrawals of other medical services or in other medical contexts.

F. *The Argument That Requiring Consent for Withdrawal of Life Support Will Place Physicians in an Untenable Ethical Situation*

[71] A final argument raised by the physicians is that they may be placed in an untenable ethical situation if consent is required for withdrawal of life support. They could effectively be compelled to continue providing life support, even where they consider it to provide no medical benefit to, or even to harm, the patient. This could place physicians in breach of their legal and professional obligations to act in the best interests of the patient.

[72] Legally, a physician cannot be faulted for following the direction of the Board, any more than he could be faulted for abiding by a judge’s direction at common law not to withdraw life support. Implicit in the physicians’ request that a judge resolve the present dispute is acceptance that if a judge orders that life support cannot be withdrawn, they must comply. Their legal position under the *HCCA* is no different.

dans des cas où les médecins proposaient de retirer le traitement de maintien de la vie et confirmé le point de vue selon lequel ce retrait constitue un « traitement » au sens de la *LCSS* : voir *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *G. (Re)*. Les cours saisies de demandes de contrôle judiciaire ont confirmé cette interprétation : voir *Scardoni c. Hawryluck* (2004), 69 O.R. (3d) 700 (C.S.J.).

[70] Pour ces motifs, je conclus qu’il faut interpréter le terme « traitement » utilisé dans la *LCSS* de telle sorte qu’il englobe le retrait du traitement de maintien de la vie dans la situation dont il est question en l’espèce et tel que ce processus est décrit dans les présentes procédures. La présente affaire ne permet pas d’affirmer que la *LCSS* exige le consentement au retrait d’un autre service médical ou le retrait qui aurait cours dans un autre contexte médical.

F. *L’argument portant que l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie placera les médecins dans une situation intenable sur le plan déontologique*

[71] Les médecins font valoir en dernier lieu que l’exigence d’obtenir le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie pourrait les placer dans une situation intenable sur le plan déontologique. Ils pourraient effectivement être tenus de continuer l’administration d’un traitement de maintien de la vie, même s’ils estiment qu’il ne comporte aucun effet bénéfique sur le plan médical pour le patient et qu’il pourrait même lui causer du tort. Cela pourrait les amener à manquer à leur obligation juridique et professionnelle d’agir dans l’intérêt véritable du patient.

[72] Sur le plan juridique, on ne saurait reprocher au médecin d’avoir suivi les directives de la Commission, pas plus que de s’être conformé aux directives d’un juge, en common law, de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie. Dans leur demande pour que le litige qui nous occupe soit tranché par un juge, les médecins acceptent implicitement que, si le juge leur ordonne de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, ils doivent se conformer à cette ordonnance. Sous le régime de la *LCSS*, leur position juridique est du même ordre.

[73] However, a physician may feel that his legal obligation not to withdraw life support is in tension with his professional or personal ethics. Such tensions are inherent to medical practice. Indeed, the law of consent to medical treatment evolved through cases in which the patient did not wish to be treated, but the physician felt a professional obligation to treat: see *Malette*, at p. 420; *Fleming*, at pp. 85-86. The law is now clear that treatment cannot be administered without consent, irrespective of the ethical imperative that physicians may feel. Similarly, a physician's duty of care may require that treatment not be withdrawn despite the physician's ethical objections to its administration: see *R. (Burke) v. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132, at para. 34. If the present case were resolved as my colleague Justice Karakatsanis proposes, the physicians may still be required not to withdraw life support based on their common law or fiduciary duties. Their ethical position under the *HCCA* is no different.

[74] The *HCCA*'s scheme for dispute resolution offers several avenues through which a clash with a physician's ethical compunctions may be averted. If the substitute decision-maker refuses consent to withdrawal of life support based on a patient's prior wish, the physician may seek direction from the Board on whether the wish is applicable to the patient's current circumstances (s. 35) or request permission for the substitute decision-maker to depart from the wish: s. 36. Where there is no applicable prior wish, the substitute decision-maker must act in the best interests of the patient. If the physician feels that the substitute decision-maker has not done so, he can challenge the decision before the Board: s. 37. In each of these types of proceedings, the physician's submissions on the patient's condition, the nature of the proposal to

[73] Toutefois, le médecin peut estimer que son obligation juridique de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie entre en conflit avec son éthique professionnelle ou personnelle. De telles tensions sont inhérentes à la pratique de la médecine. En effet, le droit en matière de consentement à un traitement médical a évolué par suite d'affaires où le patient ne voulait pas recevoir des soins, mais où le médecin croyait avoir une obligation professionnelle de le soigner : voir *Malette*, p. 420; *Fleming*, p. 85-86. Le droit établit maintenant clairement qu'un traitement ne peut être administré sans consentement, quel que soit l'impératif éthique que peuvent éprouver les médecins. Dans le même ordre d'idées, suivant son obligation de diligence, le médecin peut être tenu de ne pas retirer un traitement de maintien de la vie malgré ses objections éthiques à son administration : voir *R. (Burke) c. General Medical Council*, [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132, par. 34. Si la présente affaire était tranchée comme le propose ma collègue la juge Karakatsanis, les médecins pourraient quand même être tenus de ne pas retirer le traitement de maintien de la vie, en raison de leurs obligations fiduciaires ou découlant de la common law. Leur position déontologique sous le régime de la *LCSS* est du même ordre.

[74] Le régime de règlement des différends établi par la *LCSS* prévoit plusieurs recours permettant d'éviter le conflit avec les scrupules éthiques d'un médecin. Si le mandataire spécial refuse de donner son consentement au retrait du traitement de maintien de la vie en raison d'un désir exprimé antérieurement par le patient, le médecin peut, par voie de requête, demander des directives à la Commission pour savoir si le désir est applicable aux circonstances actuelles du patient (art. 35), ou demander à la Commission d'accorder au mandataire spécial la permission de ne pas respecter le désir exprimé : art. 36. En l'absence d'un désir applicable exprimé antérieurement, le mandataire spécial doit agir dans l'intérêt véritable du patient. S'il estime que le mandataire spécial ne l'a pas fait, le médecin peut contester sa décision devant

withdraw life support, and what will medically benefit the patient will be highly relevant to the Board's analysis.

[75] Wherever one tries to draw the line, it is inevitable that physicians will face ethical conflicts regarding the withdrawal of life support. No legal principle can avoid every ethical dilemma. What may be needed is a practical solution that enables physicians to comply with the law and to satisfy their professional and personal ethics. In this case, for example, the physicians explored the possibility of transferring Mr. Rasouli to a different Toronto hospital. Alternate staffing arrangements within Mr. Rasouli's present hospital could also be considered. Finally, other physicians qualified to undertake Mr. Rasouli's care may not hold an ethical objection to continuing the administration of life support. Such practical solutions could go far in averting any ethical conflict.

[76] While the end-of-life context poses difficult ethical dilemmas for physicians, this does not alter the conclusion that withdrawal of life support constitutes treatment requiring consent under the *HCCA*.

G. *Resolving Disagreements Over Withdrawal of Life Support*

[77] Having rejected the physicians' arguments, it follows that the consent regime imposed by the *HCCA* applies in this case. I earlier outlined that regime. At this point, it may be useful to discuss in greater depth the role of the substitute decision-maker, health practitioners and the Board in cases like this.

la Commission : art. 37. Dans le cas de chacun de ces recours, les observations du médecin sur l'état du patient, sur la nature de la proposition de retirer le traitement de maintien de la vie et sur l'effet bénéfique pour le patient sur le plan médical auront une grande pertinence pour l'analyse de la Commission.

[75] Lorsqu'on tente de trancher, les médecins ont forcément à composer avec des conflits éthiques concernant le retrait d'un traitement de maintien de la vie. Aucun principe juridique ne saurait écarter tous les dilemmes éthiques. Il faudrait plutôt trouver une solution pratique permettant aux médecins de se conformer à la loi et de respecter leur éthique professionnelle et personnelle. En l'espèce, par exemple, les médecins ont examiné la possibilité de transférer M. Rasouli dans un autre hôpital de Toronto. Il est aussi possible d'envisager des solutions en matière de dotation au sein de l'hôpital où se trouve présentement M. Rasouli. Enfin, il se peut que d'autres médecins qualifiés pour prendre en charge M. Rasouli ne s'opposent pas du point de vue éthique à l'administration continue du traitement de maintien de la vie. De telles solutions pratiques permettraient d'écarter tout conflit éthique.

[76] Le contexte lié à la fin de la vie suscite des dilemmes éthiques difficiles pour les médecins, mais cela ne change en rien la conclusion voulant que le retrait du traitement de maintien de la vie constitue un traitement qui exige un consentement sous le régime de la *LCSS*.

G. *Résolution des différends concernant le retrait du traitement de maintien de la vie*

[77] Ayant rejeté les arguments des médecins, je conclus que le régime en matière de consentement prévu par la *LCSS* s'applique en l'espèce. J'ai exposé précédemment les grandes lignes de ce régime. À ce stade, il peut être utile d'examiner plus profondément le rôle du mandataire spécial, celui des praticiens de la santé et celui de la Commission dans des affaires comme celle qui nous occupe.

[78] To recap, the *HCCA* is a carefully tailored statute. It deals with patients capable of consent and patients who no longer have the power to consent. It seeks to maintain the value of patient autonomy — the right to decide for oneself — insofar as this is possible. This is reflected in the consent-based structure of the Act. If the patient is capable, she has the right to consent or refuse consent to medical treatment: s. 10(1)(a). If the patient is incapable, the *HCCA* transfers the right of consent to a substitute decision-maker, often next of kin (s. 10(1)(b)), who is required to act in accordance with the patient's declared applicable wishes or, failing that, the patient's best interests: s. 21. Finally, it provides that a physician may challenge a substitute decision-maker's consent decision by application to the Board: ss. 35 to 37. The physician may make submissions to the Board regarding the medical condition and interests of the patient. If the Board finds that the substitute decision-maker did not comply with the *HCCA*, it may overrule the substitute decision-maker and substitute its own opinion in accordance with the statute: s. 37(3). To be clear, this means that, even in life-ending situations, the Board may require that consent to withdrawal of life support be granted.

[79] Under the *HCCA*, the substitute decision-maker does not have *carte blanche* to give or refuse consent. He or she must comply with the requirements of s. 21 of the Act, which contemplates two situations. The first is where the substitute decision-maker knows of a prior expressed wish by the patient which is applicable to the circumstances. The second is where there is no such wish, in which case the substitute decision-maker “shall act in the incapable person's best interests”.

(1) Prior Expressed Wishes

[80] If the substitute decision-maker knows of a prior wish regarding treatment that the patient expressed when capable and over 16 years old, and that is applicable in the circumstances, the wish must be followed: s. 21(1). This reflects the patient's autonomy interest, insofar as it is possible.

[78] Pour résumer, la *LCSS* est une loi soigneusement conçue. Elle s'applique aux patients qui sont en mesure de donner leur consentement ainsi qu'à ceux qui n'ont plus cette capacité. Elle vise à maintenir l'autonomie du patient — le droit de décider pour soi-même — dans la mesure du possible. C'est ce qui ressort de sa structure fondée sur le consentement. S'il est capable, le patient a le droit de donner ou de refuser son consentement au traitement médical : al. 10(1)a). S'il est incapable, la *LCSS* confère ce droit au mandataire spécial, souvent un membre de la proche famille (al. 10(1)b)), qui est tenu d'agir conformément aux désirs applicables exprimés par le patient, ou, à défaut, d'agir dans l'intérêt véritable de ce dernier : art. 21. Enfin, la Loi prévoit que le médecin peut contester la décision du mandataire spécial par voie de requête devant la Commission : art. 35 à 37. Le médecin peut présenter à la Commission des observations concernant l'état de santé et les intérêts du patient. Si la Commission conclut que le mandataire spécial ne s'est pas conformé à la *LCSS*, elle peut annuler la décision de celui-ci et lui substituer son opinion, conformément à la Loi : par. 37(3). Ainsi, même dans des cas où il s'agit de fin de la vie, la Commission peut exiger le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie.

[79] Selon la *LCSS*, le mandataire spécial n'a pas carte blanche en matière de consentement. Il doit se conformer à l'art. 21 de la Loi qui prévoit deux situations : la première est celle où le mandataire spécial sait que le patient a exprimé antérieurement un désir applicable aux circonstances. La deuxième situation est celle où le patient n'a pas exprimé un tel désir, auquel cas le mandataire spécial « agit dans l'intérêt véritable de l'incapable ».

(1) Désirs exprimés antérieurement

[80] Si le mandataire spécial sait que le patient, lorsqu'il était capable et âgé d'au moins 16 ans, a exprimé à l'égard du traitement un désir applicable aux circonstances, il doit se conformer à ce désir : par. 21(1). Cela reflète le droit du patient à l'autonomie, dans la mesure du possible.

[81] While the *HCCA* gives primacy to the prior wishes of the patient, such wishes are only binding if they are applicable to the patient's current circumstances. This qualification is no mere technicality. As the Ontario Court of Appeal held in *Conway v. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737, at para. 31:

. . . prior capable wishes are not to be applied mechanically or literally without regard to relevant changes in circumstances. Even wishes expressed in categorical or absolute terms must be interpreted in light of the circumstances prevailing at the time the wish was expressed.

[82] Needless to say, where an incapable patient has expressed a prior wish that life support not be withdrawn, the intended meaning and scope of the wish must be carefully considered: see *Fleming*, at p. 94. The question is whether, when the wish was expressed, the patient intended its application in the circumstances that the patient now faces: see *Conway*, at para. 33; *Scardoni*, at para. 74. Changes in the patient's condition, prognosis, and treatment options may all bear on the applicability of a prior wish: *Conway*, at paras. 37-38. For example, had Mr. Rasouli expressed a prior wish regarding life support, his substitute decision-maker would have to consider whether, when the wish was expressed, Mr. Rasouli intended the wish to apply if he were in a permanent vegetative state, with recovery extremely improbable according to medical evidence, and facing the health complications associated with long-term provision of life support.

[83] A prior wish need not identify every possible future development in order to be applicable: *Scardoni*, at para. 74; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956 (Ont. C.C.B.). However, a wish that is unclear, vague, or lacks precision may be held inapplicable to the circumstances. On this basis, the Board has found there were no prior wishes relating to life support applicable to the existing circumstances in numerous cases: *D.D. (Re)*, 2013

[81] Bien que la *LCSS* donne primauté aux désirs exprimés par le patient, ces désirs ne sont contraignants que s'ils sont applicables à la situation actuelle du patient. Cette précision est loin d'être purement technique. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans *Conway c. Jacques* (2002), 59 O.R. (3d) 737, par. 31 :

[TRADUCTION] . . . les désirs exprimés antérieurement par le patient lorsqu'il était capable ne doivent pas être appliqués aveuglément, sans égard aux changements pertinents dans sa situation. Même les désirs exprimés de manière catégorique doivent être interprétés compte tenu des circonstances particulières au moment où le désir a été exprimé.

[82] Il va sans dire que, lorsque le patient incapable a exprimé antérieurement le désir que le traitement de maintien de la vie ne soit pas retiré, le sens et la portée de ce désir doivent être examinés attentivement : voir *Fleming*, p. 94. La question est de savoir si, au moment où le désir a été exprimé, le patient voulait qu'il s'applique dans sa situation actuelle : voir *Conway*, par. 33; *Scardoni*, par. 74. Les changements survenus dans l'état du patient, le pronostic et les options de traitement peuvent tous avoir une incidence sur l'applicabilité d'un désir exprimé antérieurement : *Conway*, par. 37-38. Par exemple, si M. Rasouli avait exprimé un désir concernant le traitement de maintien de la vie, son mandataire spécial aurait à se demander si, au moment où il a exprimé ce désir, M. Rasouli voulait que le désir s'applique s'il se trouvait dans un état végétatif permanent, avec des perspectives de rétablissement extrêmement improbables selon la preuve médicale, et qu'il risquait de faire face à des complications de santé liées à l'administration prolongée du traitement de maintien de la vie.

[83] Le désir exprimé antérieurement n'a pas à préciser toute évolution future possible pour qu'il soit applicable : *Scardoni*, par. 74; *K.M.S. (Re)*, 2007 CanLII 29956 (C.C.C. Ont.). Il est toutefois possible que le désir vague ou imprécis soit jugé inapplicable aux circonstances. Pour ce motif, la Commission a conclu dans de nombreuses affaires que les désirs exprimés antérieurement concernant un traitement de maintien de la vie étaient

CanLII 18799; *P. (D.), Re*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *G. (Re)*; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837. I have been unable to locate any case in which there was a prior expressed wish opposing withdrawal of life support that was held to be applicable and therefore binding in the circumstances.

[84] If it is unclear whether a prior wish is applicable, the substitute decision-maker or physician may seek directions from the Board: s. 35. Alternatively, if the substitute decision-maker acts on a prior wish that the physician believes is not applicable, the physician may challenge the consent decision before the Board: s. 37. The physician's submissions on the patient's condition, prognosis, and any adverse effects of maintaining life support will be relevant to the Board's assessment of applicability.

[85] In addition, either the substitute decision-maker or physician may apply to the Board for permission to depart from prior wishes to refuse treatment: s. 36. The Board may grant permission where it is satisfied that the incapable person, if capable, would probably give consent because of improvement in the likely result of the treatment since the wish was expressed: s. 36(3).

[86] I note that the *HCCA* also provides that the substitute decision-maker is not required to comply with an expressed prior wish if "it is impossible to comply with the wish": s. 21(1)2. This is not raised on the facts of this appeal, and I consider it no further.

(2) The Best Interests of the Patient

[87] If the substitute decision-maker is not aware of an expressed prior wish of the patient or if the

inapplicables aux circonstances du moment : *D.D. (Re)*, 2013 CanLII 18799; *P. (D.), (Re)*, 2010 CarswellOnt 7848; *E.B. (Re)*, 2006 CanLII 46624; *G. (Re)*; *E. (Re)*, 2009 CanLII 28625; *H.J. (Re)*, 2003 CanLII 49837. Je n'ai pas réussi à trouver une seule décision où un désir exprimé antérieurement à l'encontre du retrait d'un traitement de maintien de la vie a été jugé applicable et donc contraignant dans les circonstances.

[84] Lorsqu'on ne sait pas si le désir exprimé antérieurement est applicable, le mandataire spécial ou le médecin peut demander des directives à la Commission : art. 35. Par ailleurs, si le mandataire spécial agit conformément à un désir exprimé antérieurement que le médecin estime inapplicable, ce dernier peut contester devant la Commission la décision relative au consentement : art. 37. Les observations du médecin concernant l'état de santé du patient, son pronostic et les effets préjudiciables de l'administration continue du traitement de maintien de la vie seront pertinents pour l'évaluation par la Commission de l'applicabilité du désir en question.

[85] En outre, le mandataire spécial ou le médecin peut, par voie de requête, demander à la Commission l'autorisation de ne pas respecter les désirs exprimés antérieurement quant au refus d'un traitement : art. 36. La Commission peut accorder cette autorisation si elle est convaincue que l'incapable, s'il était capable, donnerait probablement son consentement parce que le résultat vraisemblable du traitement est dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu au moment où le désir a été exprimé : par. 36(3).

[86] Je note que la *LCSS* prévoit également que le mandataire spécial n'est pas tenu de respecter le désir exprimé antérieurement « s'il est impossible de [s'y] conformer » : al. 21(1)2. Puisqu'il ne s'agit pas d'une question que posent les faits de l'espèce, je ne l'examinerai pas davantage.

(2) L'intérêt véritable du patient

[87] Si le mandataire spécial n'a pas connaissance d'un désir exprimé auparavant par le patient ou si

wish is not applicable to the circumstances, the substitute decision-maker must make her consent decision based on the best interests of the patient, according to the criteria set out in s. 21(2). These criteria include the medical implications of treatment for the patient, the patient's well-being, the patient's values, and any prior expressed wishes that were not binding on the substitute decision-maker. This legislative articulation of the best interests of the patient aims at advancing the values that underpin the *HCCA*: enhancing patient autonomy and ensuring appropriate medical treatment.

[88] The substitute decision-maker is not at liberty to ignore any of the factors within the best interests analysis, or substitute her own view as to what is in the best interests of the patient. She must take an objective view of the matter, having regard to all the factors set out, and decide accordingly. This is clear from the mandatory wording of the opening portion of s. 21(2): the decision-maker “shall take into consideration” the listed factors. The need for an objective inquiry based on the listed factors is reinforced by s. 37, which allows the decision of the substitute decision-maker to be challenged by the attending physician and set aside by the Board, if the decision-maker did not comply with s. 21. The intent of the statute is to obtain a decision that, viewed objectively, is in the best interests of the incapable person.

[89] The first consideration under s. 21(2), heavily relied on by Ms. Salasel in this case, concerns the values and beliefs of the incapable person. Section 21(2)(a) provides that the substitute decision-maker must consider the values and beliefs that the incapable person held when capable and that the substitute decision-maker believes that the incapable person would still act on if capable. Here, Ms. Salasel argues that sustaining life as long as possible accords with the religious beliefs of Mr. Rasouli, and that as a result he would not have consented to the removal of life support.

[90] The second consideration relates to known wishes of the incapable person that were not binding

le désir n'est pas applicable aux circonstances, il doit prendre une décision en tenant compte de ce qui est dans l'intérêt véritable du patient, suivant les critères énoncés au par. 21(2). Parmi ces critères, mentionnons les conséquences d'ordre médical du traitement administré au patient, son bien-être, ses valeurs ainsi que les désirs qu'il a exprimés et auxquels le mandataire spécial n'est pas tenu de se conformer. L'énoncé législatif de ce qui est dans l'intérêt véritable du patient vise à promouvoir les valeurs fondamentales de la *LCSS*, soit accroître l'autonomie du patient et veiller à l'administration d'un traitement médical approprié.

[88] Le mandataire spécial n'a pas le loisir d'écarter l'un ou l'autre des facteurs relatifs à l'intérêt véritable du patient ou de substituer son opinion quant à ce qui est dans l'intérêt véritable du patient. Il doit adopter un point de vue objectif, compte tenu de tous les facteurs énumérés, et prendre une décision en conséquence. C'est ce qui ressort clairement de l'énoncé impératif, au début du par. 21(2) : le mandataire « tient compte » des facteurs énumérés. La nécessité de prendre une décision objective fondée sur les facteurs énumérés est renforcée par l'art. 37, qui permet au médecin traitant de contester la décision du mandataire spécial et à la Commission d'annuler cette décision, si le mandataire ne s'est pas conformé à l'art. 21. La Loi vise l'atteinte d'une décision qui, considérée objectivement, est dans l'intérêt véritable de l'incapable.

[89] Le premier élément à considérer suivant le par. 21(2), et sur lequel M^{me} Salasel s'est fortement appuyée en l'espèce, porte sur les valeurs et les croyances de l'incapable. Selon l'al. 21(2)a), le mandataire spécial doit tenir compte des valeurs et des croyances de l'incapable lorsqu'il était capable et conformément auxquelles il croit que l'incapable agirait encore s'il était capable. En l'espèce, M^{me} Salasel soutient que le fait de maintenir la vie aussi longtemps que possible est conforme aux croyances religieuses de M. Rasouli, et que celui-ci n'aurait donc pas consenti au retrait du traitement de la vie.

[90] Le deuxième élément à considérer porte sur les désirs exprimés par l'incapable auxquels le

on the substitute decision-maker under s. 21(1)1. For example, wishes expressed when a person was under the age of 16 or when incapable do not bind a substitute decision-maker, but must be taken into consideration at this stage of the best interests analysis.

[91] Third, in addition to considering the values and beliefs of the patient and any relevant wishes, s. 21(2)(c) requires that the substitute decision-maker consider four factors that relate to the impact of the treatment on the patient's condition, well-being, and health. This stage of the best interests analysis focuses on the medical implications of the proposed treatment for the patient. The attending physician's view of what would medically benefit the patient must be taken into account.

[92] The first factor asks whether receiving the treatment is likely to improve the patient's condition or well-being, prevent deterioration of the person's condition or well-being, or reduce the extent or rate of the deterioration of the person's condition or well-being: s. 21(2)(c)1. In this case, the inquiry must determine whether removing life support would improve, prevent deterioration of, or reduce the extent or rate of deterioration of Mr. Rasouli's condition or well-being. The physicians argue that artificially prolonging Mr. Rasouli's life will lead to health complications such as bedsores, respiratory infections, and organ failure — a scenario that can be avoided if life support is removed. On the other hand, Ms. Salasel argues that new evidence and evaluation suggest that Mr. Rasouli's condition may improve in the future, militating against removal of life support.

[93] The second factor requires the substitute decision-maker to consider whether, in the absence of the proposed treatment, the incapable person's

mandataire spécial n'est pas tenu de se conformer aux termes de l'al. 21(1)1. Par exemple, les désirs exprimés lorsque la personne visée avait moins de 16 ans ou lorsqu'elle était incapable n'engagent pas le mandataire spécial, mais ils doivent être pris en considération à ce stade de l'analyse de l'intérêt véritable du patient.

[91] Troisièmement, en plus de prendre en considération les valeurs et croyances du patient ainsi que tout désir pertinent, le mandataire spécial est tenu par l'al. 21(2)c) de prendre en compte quatre facteurs se rapportant aux conséquences du traitement sur l'état du patient, son bien-être et sa santé. À ce stade, l'analyse relative à l'intérêt véritable du patient est axée sur les conséquences d'ordre médical du traitement proposé. Il faut tenir compte de l'opinion du médecin traitant quant aux mesures bénéfiques sur le plan médical pour le patient.

[92] En ce qui concerne le premier facteur, il faut se demander s'il est vraisemblable ou non que le traitement, selon le cas, améliorera l'état ou le bien-être du patient, empêchera la détérioration de l'état ou du bien-être du patient, ou diminuera l'ampleur selon laquelle ou le rythme auquel l'état ou le bien-être du patient se détériorera : sous-al. 21(2)c)1. En l'espèce, il faut donc décider si le retrait du traitement de maintien de la vie aurait pour effet d'améliorer l'état ou le bien-être de M. Rasouli, d'empêcher la détérioration de son état ou de son bien-être, ou de diminuer l'ampleur selon laquelle ou le rythme auquel son état ou son bien-être se détériorera. Les médecins soutiennent que le fait de prolonger artificiellement la vie de M. Rasouli entraînera des complications pour la santé, par exemple, des escarres, des infections respiratoires et une défaillance polyviscérale, scénario qui peut être écarté par le retrait du traitement de maintien de la vie. Par contre, M^{me} Salasel fait valoir que de nouveaux éléments de preuve et une nouvelle évaluation indiquent que l'état de M. Rasouli pourrait s'améliorer à l'avenir et militent contre le retrait du traitement de maintien de la vie.

[93] Pour ce qui est du deuxième facteur, le mandataire spécial doit se demander s'il est vraisemblable ou non que l'état ou le bien-être de

condition or well-being is likely to improve, remain the same or deteriorate: s. 21(2)(c)2. In this case, the inquiry is into the likely medical outcomes for Mr. Rasouli if life support is not withdrawn. The decision-maker must cast her mind into the future and ask what the patient's condition will be in one year, five years, or ten years.

[94] The third factor requires the substitute decision-maker to consider risks of harm associated with the treatment and weigh whether the benefits from the treatment will outweigh those risks: s. 21(2)(c)3. This factor is particularly important in cases where the substitute decision-maker must decide whether to go ahead with a risky procedure, like high-risk surgery, that while offering some hope, could worsen the patient's situation. In this case, the substitute decision-maker must consider the benefits of removing life support, such as avoidance of protracted physical deterioration from bedsores, infections and organ deterioration ultimately leading to death, against the risks, which quite plainly are the hastening of death and the loss of whatever chance of recovery Mr. Rasouli has according to medical evidence.

[95] The fourth factor requires the substitute decision-maker to consider alternative courses of treatment — whether less intrusive or restrictive treatment would be as beneficial as the treatment proposed: s. 21(2)(c)4. In a case such as this, the question is whether maintaining life support would be less intrusive or restrictive than its withdrawal, and if so, whether maintaining life support would be more beneficial to the patient than withdrawal.

[96] As I see it, this review of s. 21(2) reveals that although a patient's beliefs and prior expressed wishes are mandatory considerations, there is no doubt that the medical implications of a proposed

l'incapable s'améliorera, restera le même ou se détériorera sans le traitement : sous-al. 21(2)c)2. En l'espèce, il faut donc déterminer les résultats possibles sur le plan médical pour M. Rasouli de l'administration continue du traitement de maintien de la vie. Le mandataire doit envisager les perspectives d'avenir et se demander quel serait l'état du patient dans un an, dans cinq ans ou dans dix ans.

[94] Le troisième facteur exige que le mandataire spécial prenne en compte le risque d'effets néfastes liés au traitement et qu'il établisse si l'effet bénéfique de ce dernier l'emporte ou non sur ce risque : sous-al. 21(2)c)3. Ce facteur joue un rôle particulièrement important lorsque le mandataire spécial doit décider de donner son consentement à une procédure risquée, par exemple une intervention chirurgicale à risque élevé, qui donne un certain espoir, mais qui peut entraîner la détérioration de l'état du patient. En l'espèce, le mandataire spécial doit tenir compte des effets bénéfiques du retrait du traitement de maintien de la vie, par exemple le fait d'empêcher une détérioration physique prolongée causée par des escarres, des infections et par une défaillance polyviscérale entraînant finalement le décès, par rapport aux risques, soit le fait, bien franchement, de précipiter la mort et d'écarter toute chance de rétablissement qu'a M. Rasouli selon la preuve médicale.

[95] Le quatrième facteur exige que le mandataire spécial tienne compte d'autres traitements possibles — et soupèse si un traitement moins contraignant ou moins perturbateur aurait ou non un effet aussi bénéfique que celui qui est proposé : sous-al. 21(2)c)4. Dans un cas comme celui qui nous occupe, il s'agit donc de savoir si l'administration continue du traitement de maintien de la vie serait moins contraignante ou moins perturbatrice que son retrait, et, dans l'affirmative, si elle aurait ou non davantage un effet bénéfique que son retrait.

[96] À mon avis, l'examen du par. 21(2) révèle que, même s'il est impératif de tenir compte des croyances du patient et de ses désirs exprimés antérieurement, il ne fait aucun doute que les

treatment will bear significant weight in the analysis.

[97] Where physicians and substitute decision-makers disagree about whether withdrawal of life support would be in the best interests of the patient, the *HCCA* provides the procedure for resolving this conflict. Under s. 37, the health care practitioner may apply to the Board to have the decision of the substitute decision-maker set aside on the ground that it is not in the best interests of the incapable person, having regard to the factors set out in s. 21(2) of the Act. This is an important avenue of recourse for physicians who believe that life support can no longer be ethically administered because it is not in the best interests of the patient to do so. The Board must duly consider the physician's professional opinion and submissions on what would be of medical benefit to the patient.

[98] If the Board agrees that the substitute decision-maker did not act in the best interests of the patient, it may substitute its own opinion for that of the substitute decision-maker: s. 37(3). Alternatively, if the Board concludes that the substitute decision-maker did act in the best interests of the patient, it can affirm the decision of the substitute decision-maker. In making these determinations, the Board must objectively apply the same criteria that substitute decision-makers are required to consider under s. 21. The Board is well placed to make a determination of whether treatment is in the best interests of the patient, in light of the statutory objectives of enhancing patient autonomy and ensuring appropriate medical care. This was observed by the Ontario Court of Appeal in *M. (A.) v. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271:

A case will come before the Board only when the health practitioner disagrees with the S.D.M.'s application of the best interests test under s. 21(2). The Board will then have before it two parties who disagree about the application of s. 21: the S.D.M., who may have better knowledge than the health practitioner about

conséquences d'ordre médical du traitement proposé revêtiront une importance majeure dans l'analyse.

[97] Lorsque les médecins et les mandataires spéciaux ne s'entendent pas sur la question de savoir si le retrait du traitement de maintien de la vie serait dans l'intérêt véritable du patient, la *LCSS* prévoit un moyen de régler ce conflit. Aux termes de l'art. 37, le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander à la Commission d'annuler la décision du mandataire spécial au motif qu'elle est contraire à l'intérêt véritable de l'incapable, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la Loi. Il s'agit d'une voie de recours importante pour les médecins qui estiment qu'il ne convient plus, du point de vue éthique, d'administrer le traitement de maintien de la vie parce qu'il n'est plus dans l'intérêt véritable du patient. La Commission doit dûment tenir compte de l'opinion professionnelle du médecin et de ses observations quant à ce qui aurait un effet bénéfique pour le patient.

[98] Si elle convient que le mandataire spécial n'a pas agi dans l'intérêt véritable du patient, la Commission peut substituer son opinion à celle du mandataire spécial : par. 37(3). En revanche, si elle conclut que le mandataire spécial a bel et bien agi dans l'intérêt véritable du patient, elle peut confirmer sa décision. Pour rendre ces décisions, la Commission doit appliquer objectivement les mêmes critères que ceux dont doivent tenir compte les mandataires spéciaux aux termes de l'art. 21. La Commission est bien placée pour déterminer si le traitement est ou non dans l'intérêt véritable du patient, compte tenu des objectifs de la Loi visant à accroître l'autonomie du patient et à veiller à l'administration des soins médicaux appropriés. C'est ce qu'a fait observer la Cour d'appel de l'Ontario dans *M. (A.) c. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271 :

[TRADUCTION] La Commission ne sera saisie d'une affaire que lorsque le praticien de la santé est en désaccord avec l'application par le mandataire du critère relatif à l'intérêt véritable prévu au par. 21(2). La Commission sera ainsi appelée à entendre deux parties qui ne s'entendent pas quant à l'application de l'art. 21 : d'une part,

the incapable person's values, beliefs and non-binding wishes; and the health practitioner, who is the expert on the likely medical outcomes of the proposed treatment. The disagreement between the S.D.M. and the health practitioner potentially creates tension and the Act recognizes this by providing for a neutral expert board to resolve the disagreement. Indeed, after hearing submissions from all parties, the Board is likely better placed than either the S.D.M. or the health practitioner to decide what is in the incapable person's best interests. [para. 46]

[99] The Board must apply a standard of correctness in reviewing the decision of the substitute decision-maker: *Benes*, at para. 36; *Scardoni*, at para. 36. The wording of s. 37, which provides for full representation and gives the Board the right to substitute its decision for that of the substitute decision-maker, indicates that the Board must consider the matter *de novo*. The critical nature of the interests at stake support the Board's obligation to review the decision of the substitute decision-maker on a correctness standard.

[100] The legislature has given the Board the final responsibility to decide these matters. This is not to say that the courts have no role to play. Board decisions are subject to judicial review. This mechanism for court oversight ensures that the Board acts within its mandate and in accordance with the Constitution.

[101] Over the past 17 years, the Board has developed a strong track record in handling precisely the issue raised in this case.

[102] In some cases, the Board has upheld the decisions of substitute decision-makers to refuse withdrawal of life support as being in the best interests of the patient: *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *P. (D.)*, *Re*. In others, it has reversed the decision of the substitute decision-maker and required consent to be given for the withdrawal of life support: *A.K. (Re)*; *E.J.G. (Re)*; *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748. The

mandataire spécial qui peut connaître mieux que le praticien de la santé les valeurs et les croyances de l'incapable ainsi que ses désirs auxquels il n'est pas tenu de se conformer, et, d'autre part, le praticien de la santé qui est l'expert quant aux résultats possibles sur le plan médical du traitement proposé. Le désaccord entre le mandataire spécial et le praticien de la santé risque d'être source de tension. La Loi reconnaît ce risque et prévoit le règlement du désaccord par une commission d'experts neutres. En effet, après avoir entendu les observations de toutes les parties, la Commission est vraisemblablement mieux placée que le mandataire spécial ou le praticien de la santé pour décider de ce qui est dans l'intérêt véritable de l'incapable. [par. 46]

[99] La Commission doit examiner la décision du mandataire spécial selon la norme de la décision correcte : *Benes*, par. 36; *Scardoni*, par. 36. Le libellé de l'art. 37, qui prévoit la pleine représentation et qui confère à la Commission le droit de substituer sa décision à celle du mandataire spécial, indique que la Commission doit examiner l'affaire à nouveau. La nature critique des intérêts en jeu vient appuyer l'obligation de la Commission d'examiner la décision du mandataire spécial selon la norme de la décision correcte.

[100] Le législateur a conféré à la Commission la responsabilité ultime de trancher ces questions. Cela ne signifie pas que les tribunaux n'ont aucun rôle à jouer. En effet, les décisions de la Commission sont susceptibles de contrôle judiciaire. Ce mécanisme qui confère un droit de regard aux tribunaux assure que la Commission agisse dans les limites de son mandat et en conformité avec la Constitution.

[101] Au cours des 17 dernières années, la Commission a fait ses preuves en tranchant précisément la question soulevée dans la présente affaire.

[102] Dans certains cas, la Commission a confirmé le refus du mandataire spécial de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie au motif que le traitement était dans l'intérêt véritable du patient : *D.W. (Re)*, 2011 CanLII 18217; *S.S. (Re)*, 2011 CanLII 5000; *P. (D.)*, *Re*. Dans d'autres cas, la Commission a infirmé la décision du mandataire spécial et a demandé le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie : *A.K. (Re)*; *E.J.G.*

particular facts of each case determine whether withdrawal of life support is in the best interests of the patient.

[103] Bringing its expertise to the issue, the Board's decisions may be expected to bring consistency and certainty to the application of the statute, thereby providing essential guidance to both substitute decision-makers and health care providers in this difficult area of the law.

H. *The Dissenting Reasons*

[104] I have had the benefit of reading Justice Karakatsanis' reasons. Respectfully, I cannot agree with her approach in this case.

[105] First, I do not agree that the important role the *HCCA* accords to prior wishes indicates that the legislature did not intend the statute to apply to the withdrawal of life support (reasons of Justice Karakatsanis, at paras. 140-50). When it comes to the life and death matter of withdrawal of life support, there is every reason to think that the legislature intended a patient's applicable prior wishes to be respected. Moreover, as discussed, a prior wish will only be binding if it is applicable to the patient's current circumstances. Vagueness in a prior wish or changes in the patient's condition, prognosis, or treatment options may mean that the prior wish is inapplicable. Where prior wishes are inapplicable, the best interests analysis governs.

[106] Second, my colleague's proposal that consent is required under the *HCCA* only where withdrawal of life support is part of a "plan of treatment" under the Act merely pushes the analysis back one step to the thorny problem of defining "plan of treatment" (paras. 154-55). Moreover, since the *HCCA* gives physicians discretion over whether withdrawal of life support will be presented as part of a plan of treatment, the ultimate

(*Re*); *N., Re*, 2009 CarswellOnt 4748. Les faits propres à chaque affaire permettent d'établir si le retrait du traitement de maintien de la vie est dans l'intérêt véritable du patient.

[103] Puisqu'elle apporte son expertise quant à la question en jeu, on peut s'attendre à ce que les décisions de la Commission assurent la cohérence et la certitude quant à l'application de la Loi, fournissant ainsi des indications essentielles tant aux mandataires spéciaux qu'aux fournisseurs de soins de santé à l'égard de ce domaine difficile du droit.

H. *Les motifs dissidents*

[104] J'ai eu l'occasion de lire les motifs de la juge Karakatsanis. En toute déférence, je ne peux souscrire à son approche en l'espèce.

[105] Premièrement, je ne peux convenir que l'importance attribuée par la *LCSS* aux désirs exprimés antérieurement par le patient indique que le législateur ne souhaitait pas que la Loi s'applique au retrait d'un traitement de maintien de la vie (motifs de la juge Karakatsanis, par. 140-150). Lorsqu'il s'agit de la question de vie ou de mort du retrait d'un traitement de maintien de la vie, il y a tout lieu de croire que le législateur voulait le respect des désirs applicables exprimés antérieurement par le patient. De plus, comme nous l'avons vu, ce type de désir ne sera contraignant que s'il est applicable aux circonstances actuelles du patient. L'imprécision d'un désir exprimé antérieurement ou les changements survenus dans l'état de santé, le pronostic ou les options de traitement du patient peuvent rendre le désir exprimé inapplicable. Dans ces cas, c'est l'analyse relative à l'intérêt véritable du patient qui prévaut.

[106] Deuxièmement, la proposition de ma collègue, selon laquelle le consentement n'est requis aux termes de la *LCSS* que lorsque le retrait d'un traitement de maintien de la vie fait partie d'un « plan de traitement » au sens de la Loi, ramène simplement l'analyse au problème épineux que pose la définition du terme « plan de traitement » (par. 154-155). En outre, puisque la *LCSS* confère aux médecins le pouvoir discrétionnaire de présenter ou non

issue of whether consent is required might well turn on the physician's choice of what to call the procedure, risking arbitrariness. (As the record shows, withdrawal of life support is in practice often but not always proposed as a "plan of treatment": see *P. (D.)*, *Re*, at para. 16.)

[107] Third, if the *HCCA* does not apply, the fact that the common law tort of battery may prohibit the withdrawal of life support without consent in some cases raises further difficulties. Justice Karakatsanis leaves open the possibility that the law of battery may be engaged if the mechanics of withdrawal of life support are invasive (paras. 162-63). However, it is unclear what rules for substitute consent would govern in these circumstances, and on what legal basis the physician could proceed with withdrawal of life support.

[108] I cannot agree that, on the record before us, withdrawal of life support from Mr. Rasouli would not be invasive (reasons of Justice Karakatsanis, at para. 163). Mechanical ventilation is delivered to Mr. Rasouli through a tube surgically inserted into his throat. His hospital chart indicates that withdrawal of life support would entail "extubation" (*A.R.*, vol. II, at p. 50), which is the "[r]emoval of a tube from an organ, structure, or orifice": *Stedman's Medical Dictionary* (28th ed. 2006), at p. 688. On the record before us, the possibility of an invasive medical procedure to withdraw life support cannot be excluded.

[109] Fourth, it can be questioned whether the legal tools my colleague relies on to provide judicial oversight of physicians' decisions to withdraw life support are sufficient for the task. At this point in the development of the standard of care and fiduciary duty, they do not appear to support the

le retrait d'un traitement de maintien de la vie dans le cadre d'un plan de traitement, la nécessité du consentement pourrait très bien reposer, en dernière analyse, sur le choix du médecin quant à la façon de définir cette procédure, ce qui présente le risque de recourir à l'arbitraire. (D'après le dossier, en pratique, le retrait d'un traitement de maintien de la vie est souvent, mais pas toujours, proposé en guise de « plan de traitement » : voir *P. (D.)*, *Re*, par. 16.)

[107] Troisièmement, si la *LCSS* ne s'applique pas, la possibilité que le délit de voies de fait en common law interdise dans certains cas le retrait d'un traitement de maintien de la vie sans consentement pose d'autres problèmes. La juge Karakatsanis ouvre la porte à l'application de ce délit si les procédures de retrait d'un traitement de maintien de la vie sont envahissantes (par. 162-163). Or, on ne sait pas quelles règles régiraient dans ces circonstances le consentement donné par un mandataire et quel fondement juridique permettrait au médecin de procéder au retrait d'un traitement de maintien de la vie.

[108] Je ne peux me rallier à la thèse voulant que, au vu du dossier dont dispose la Cour, le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli ne comprendrait pas de procédures invasives (motifs de la juge Karakatsanis, par. 163). M. Rasouli est maintenu en vie par ventilation artificielle, au moyen d'une sonde insérée par voie chirurgicale dans sa gorge. Son dossier hospitalier indique que le retrait du traitement de maintien de la vie entraînerait un [TRADUCTION] « détubage » (*d.a.*, vol. II, p. 50), à savoir le [TRADUCTION] « [r]etrait d'une sonde introduite dans un organe, une structure ou un orifice » : *Stedman's Medical Dictionary* (28^e éd. 2006), p. 688. Au vu du dossier, on ne saurait exclure la possibilité que le retrait du traitement de maintien de la vie comprenne des procédures médicales invasives.

[109] Quatrièmement, on peut se demander si les outils juridiques auxquels a recours ma collègue pour faire en sorte que les décisions des médecins de retirer un traitement de maintien de la vie soient soumises à la surveillance des tribunaux suffisent à la tâche. À l'étape où en est l'élaboration de la

broad-based common law/equity review that my colleague envisions (paras. 190-201).

[110] There has been no trial on the standard of care in this case, so we can only speculate as to its content in situations like Mr. Rasouli's. Whatever its content, the standard of care does not hold physicians to a standard of perfection but, rather, only to one of reasonable care: E. I. Picard and G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4th ed. 2007), at p. 225; *Crits v. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502 (Ont. C.A.), at p. 508, aff'd [1956] S.C.R. 991. As such, standard of care is a blunt instrument for reviewing physician decisions to withdraw life support, and not one that supports the broad-based review contemplated by my colleague.

[111] As for fiduciary duty, once again the waters into which my colleague ventures are untested. While this Court has recognized that the doctor-patient relationship is fiduciary in nature, it has never reviewed physicians' good-faith treatment decisions on the basis of fiduciary duty: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 274. My colleague's approach thus contemplates a substantial expansion of the role of fiduciary duty in regulating the doctor-patient relationship.

[112] Finally, how the standard of care and fiduciary duty relate to one another is unclear on the proposed approach. Which analysis comes first — standard of care or fiduciary duty? And in case of conflict, which prevails?

[113] Fifth, if the *HCCA* does not apply, it is unclear who will protect the interests of the incapable patient when a physician determines that life support should be withdrawn. The proposed approach contemplates the involvement of a

norme de diligence et de l'obligation fiduciaire, ces outils ne semblent pas appuyer l'examen général de la common law et de l'equity qu'envisage ma collègue (par. 190-201).

[110] Comme il n'y a pas eu, en l'espèce, de procès sur la norme de diligence, nous ne pouvons qu'émettre des hypothèses quant à sa teneur dans des cas comme celui de M. Rasouli. Cela dit, peu importe sa teneur, la norme de diligence n'impose pas aux médecins de satisfaire à une norme de perfection, mais plutôt à celle de diligence raisonnable : E. I. Picard et G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4^e éd. 2007), p. 225; *Crits c. Sylvester* (1956), 1 D.L.R. (2d) 502 (C.A. Ont.), p. 508, conf. par [1956] R.C.S. 991. La norme de diligence est ainsi un instrument imprécis pour contrôler les décisions des médecins de retirer un traitement de maintien de la vie, et non pas un instrument qui justifie l'examen général envisagé par ma collègue.

[111] En ce qui concerne l'obligation fiduciaire, ma collègue s'aventure, là encore, en terrain inconnu. Si la Cour a reconnu que la relation entre le médecin et son patient est de nature fiduciaire, elle n'a jamais examiné de décisions prises de bonne foi par des médecins au sujet d'un traitement sur le fondement de cette obligation : *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 274. L'approche adoptée par ma collègue vise donc un élargissement substantiel du rôle de l'obligation fiduciaire pour réglementer la relation entre le médecin et son patient.

[112] Enfin, l'approche proposée n'indique pas clairement le lien qui existe entre la norme de diligence et l'obligation fiduciaire. Quelle analyse a priorité — celle relative à la norme de diligence ou celle relative à l'obligation fiduciaire? Et quelle analyse a préséance en cas de conflit?

[113] Cinquièmement, si la *LCSS* ne s'applique pas, il est difficile de savoir qui doit défendre les intérêts du patient incapable lorsque le médecin décide qu'il y a lieu de retirer le traitement de maintien de la vie. L'approche proposée envisage

“substitute decision-maker”, but does not state who this person would be or under what legal authority he would act (reasons of Justice Karakatsanis, at paras. 202 and 204). The *HCCA* creates the legal designation of “substitute decision-maker”, and sets out a hierarchy for identifying this individual. However, this designation is unavailable if the *HCCA* does not apply to the withdrawal of life support.

[114] Sixth, I am concerned about the practical impact of the proposed approach on patients, families, and physicians. It may heighten the vulnerability of incapable patients, since the legal burden will be on family or friends to initiate court proceedings to prevent the withdrawal of life support, rather than on physicians to obtain consent before acting. The implications of this shift are particularly troubling where the incapable patient lacks a network of family and friends with the financial resources to fund legal action, which could entail a trial on the medical standard of care. Furthermore, it is unclear on the proposed approach whether the physician could withdraw life support without judicial oversight if no legal action is taken by the patient’s family or friends.

[115] One of the legislature’s primary motivations in enacting the *HCCA* was to simplify the law governing the treatment of incapable patients. The *HCCA* sets out clear rules requiring consent before treatment can occur, identifying who can consent for an incapable patient, stating the criteria on which consent must be granted or refused, and creating a specialized body to settle disputes. The legal framework of the *HCCA* has been used to resolve end-of-life disputes in Ontario for 17 years. I would be reluctant to close off access to this established regime and cast these matters back into the courts.

l’intervention d’un « mandataire spécial », mais ne désigne pas cette personne ni n’indique en vertu de quel pouvoir légal il agirait (motifs de la juge Karakatsanis, par. 202 et 204). La *LCSS* crée le statut juridique de « mandataire spécial » et établit la hiérarchie des personnes pouvant assumer ce rôle. Or, cette désignation ne peut être invoquée si la *LCSS* ne s’applique pas au retrait d’un traitement de maintien de la vie.

[114] Sixièmement, je suis préoccupée des effets concrets de l’approche proposée sur les patients, sur leurs familles et sur les médecins. Elle pourrait accroître la vulnérabilité des patients incapables, puisqu’il incombera aux membres de la famille ou aux amis d’engager des poursuites judiciaires pour empêcher le retrait du traitement de maintien de la vie, plutôt qu’aux médecins d’obtenir le consentement avant d’agir. Ce déplacement du fardeau pose particulièrement problème lorsque le patient incapable ne bénéficie pas d’un réseau de parents ou d’amis ayant les ressources financières nécessaires pour intenter une action en justice qui pourrait entraîner un procès sur la norme de diligence en matière de soins de santé. En outre, l’approche proposée n’indique pas clairement si le médecin pourrait retirer un traitement de maintien de la vie sans un contrôle judiciaire, si aucune action en justice n’était intentée par les parents du patient ou par ses amis.

[115] En adoptant la *LCSS*, le législateur a notamment souhaité simplifier le droit régissant le traitement administré aux patients incapables. La *LCSS* énonce des règles claires qui exigent le consentement avant qu’un traitement ne puisse être administré, désignent les personnes autorisées à donner le consentement pour le patient incapable, précisent les critères sur lesquels doivent être fondés le consentement ou son refus, et créent un organisme spécialisé pour régler les litiges. Le cadre juridique établi par la *LCSS* sert depuis 17 ans en Ontario à trancher des différends concernant les décisions de fin de vie. J’hésiterais à bloquer l’accès à ce régime bien établi et à renvoyer ces questions aux tribunaux.

I. *Summary*

[116] I conclude that the following steps apply under the *HCCA* in a case such as this, where the substitute decision-maker and the medical health care providers disagree on whether life support should be discontinued.

1. The health practitioner determines whether in his view continuance of life support is medically indicated for the patient;
2. If the health practitioner determines that continuance of life support is no longer medically indicated for the patient, he advises the patient's substitute decision-maker and seeks her consent to withdraw the treatment;
3. The substitute decision-maker gives or refuses consent in accordance with the applicable prior wishes of the incapable person, or, in the absence of such wishes, on the basis of the best interests of the patient, having regard to the specified factors in s. 21(2) of the *HCCA*;
4. If the substitute decision-maker consents, the health practitioner withdraws life support;
5. If the substitute decision-maker refuses consent to withdrawal of life support, the health practitioner may challenge the substitute decision-maker's refusal by applying to the Consent and Capacity Board: s. 37;
6. If the Board finds that the refusal to provide consent to the withdrawal of life support was not in accordance with the requirements of the *HCCA*, it may substitute its own decision for that of the substitute decision-maker, and permit withdrawal of life support.

I. *Résumé*

[116] Je conclus que les étapes suivantes s'appliquent sous le régime de la *LCSS* dans des cas comme celui dont nous sommes saisis, où le mandataire spécial et les fournisseurs de soins de santé ne s'entendent pas quant à l'opportunité de retirer le traitement de maintien de la vie.

1. Le praticien de la santé établit si, à son avis, l'administration continue du traitement de maintien de la vie est indiquée sur le plan médical pour le patient;
2. S'il établit que l'administration du traitement de maintien de la vie n'est plus indiquée sur le plan médical pour le patient, le praticien de la santé en avise le mandataire spécial du patient et demande son consentement au retrait du traitement;
3. Le mandataire spécial donne ou refuse son consentement conformément aux désirs applicables aux circonstances exprimés antérieurement par l'incapable, ou, en l'absence de pareils désirs, conformément à ce qui est dans l'intérêt véritable du patient, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la *LCSS*;
4. Si le mandataire spécial donne son consentement, le praticien de la santé procède au retrait du traitement de maintien de la vie;
5. Si le mandataire spécial refuse de donner son consentement au retrait du traitement de maintien de la vie, le praticien de la santé peut, par voie de requête devant la Commission, contester le refus du mandataire spécial : art. 37;
6. Si la Commission conclut que le refus de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie ne se conformait pas aux exigences de la *LCSS*, elle peut substituer sa propre décision à celle du mandataire spécial et autoriser le retrait du traitement de maintien de la vie.

III. Conclusion

[117] Applying the *HCCA* in the manner just discussed, we arrive at the following conclusions.

[118] The appellant physicians, having determined that in their view Mr. Rasouli should be removed from life support, were obliged to seek Ms. Salasel's consent to the withdrawal. Since Mr. Rasouli had not expressed a wish within the meaning of s. 21(1)1, Ms. Salasel was required to determine whether removal of life support was in Mr. Rasouli's best interests, having regard to the factors set out in s. 21(2) of the Act.

[119] If the appellant physicians do not agree that maintaining life support for Mr. Rasouli is in his best interests, their recourse is to apply to the Board for a determination as provided by s. 37(1) of the *HCCA*.

[120] When the application is brought, it will be for the Board to determine whether Ms. Salasel's refusal to provide consent to the withdrawal of life support was in Mr. Rasouli's best interests, within the meaning of s. 21(2) of the *HCCA*. If the Board is of the opinion it was not, it may substitute its decision for that of Ms. Salasel, and clear the way for removal of Mr. Rasouli's life support.

[121] It follows that I would dismiss the appeal. I would also dismiss the motions to adduce fresh evidence on the appeal to this Court, without prejudice to the Board receiving any evidence it deems relevant on the hearing before it.

[122] This being a matter of public interest, I would not award costs.

III. Conclusion

[117] En appliquant la *LCSS* selon les étapes mentionnées précédemment, nous arrivons aux conclusions suivantes.

[118] Ayant déterminé que, selon eux, le traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli devait être retiré, les médecins appelants étaient tenus de demander le consentement de M^{me} Salasel à cet égard. Puisque M. Rasouli n'avait exprimé aucun désir au sens de l'al. 21(1)1, M^{me} Salasel était tenue de déterminer si le retrait du traitement de maintien de la vie était dans l'intérêt véritable de M. Rasouli, compte tenu des facteurs énoncés au par. 21(2) de la Loi.

[119] Si les médecins appelants ne sont pas d'accord pour dire que l'administration à M. Rasouli du traitement de maintien de la vie est dans son intérêt véritable, en vertu du par. 37(1) de la *LCSS*, leur recours consiste à demander à la Commission de trancher la question.

[120] Lorsqu'elle sera saisie de la demande, il appartiendra à la Commission de déterminer si le refus de M^{me} Salasel de consentir au retrait du traitement de maintien de la vie était dans l'intérêt véritable de M. Rasouli, au sens du par. 21(2) de la *LCSS*. Si elle en venait à la conclusion que ce n'est pas le cas, la Commission pourrait substituer sa décision à celle de M^{me} Salasel et permettre le retrait du traitement de maintien de la vie administré à M. Rasouli.

[121] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis aussi d'avis de rejeter les requêtes en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du présent pourvoi, sans préjudice à la possibilité que la Commission reçoive tout élément de preuve qu'elle juge pertinent.

[122] Vu qu'il s'agit d'une question d'intérêt public, je n'adjugerais pas de dépens.

The reasons of Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[123] KARAKATSANIS J. (dissenting) — This appeal addresses the roles of the doctor, the incapable patient's substitute decision-maker, Ontario's Consent and Capacity Board and the courts, in the decision to withdraw or withhold life support.

[124] Unlike the Chief Justice, I conclude that the common law, and not the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (the *HCCA* or the Act), governs when doctors and substitute decision-makers disagree regarding the proposed withdrawal of an incapable patient's life support. Thus, the court, and not the Consent and Capacity Board, is the appropriate forum for resolving any disputes between the doctors and the incapable patient's substitute decision-maker.

[125] In my view, the *HCCA* does not apply to the *withdrawal* of treatment. The *HCCA* codifies the deeply rooted common law right to refuse treatment, no matter the medical consequences. It does not, however, give patients, or their substitute decision-makers, the right to insist on the continuation of a treatment that is futile, harmful, or contrary to professional medical standards of care.

[126] In reviewing whether a physician is acting within the professional standard of care at common law, the court should determine whether the life support has any chance of being medically effective and whether withdrawal of the treatment is in the best interests of the patient. This necessarily includes consideration of the patient's wishes, values and beliefs, in addition to the broad mental and physical implications for the patient's condition and well-being, all within the framework of the governing legal principles.

[127] Accordingly, I would allow the appeal and remit this matter to the Ontario Superior Court of Justice, so that it may make the necessary findings of fact and determine whether the withdrawal of life

Version française des motifs des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[123] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur les rôles du médecin, du mandataire spécial du patient incapable, de la Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario (« Commission »), et des tribunaux quant à la décision de retirer un traitement de maintien de la vie ou de refuser d'administrer un tel traitement.

[124] Contrairement à la Juge en chef, je conclus que c'est la common law, et non la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A (« *LCSS* » ou « Loi »), qui s'applique lorsque les médecins et le mandataire spécial ne s'entendent pas sur le retrait proposé d'un traitement de maintien de la vie administré à un patient incapable. C'est donc au tribunal, et non à la Commission, qu'ils doivent s'adresser pour régler les différends qui les opposent.

[125] À mon avis, la *LCSS* ne s'applique pas au *retrait* d'un traitement. La *LCSS* codifie le droit profondément enraciné dans la common law de refuser un traitement, peu importe les conséquences d'ordre médical. La Loi ne confère toutefois pas aux patients ou à leurs mandataires spéciaux le droit d'insister pour que soit maintenu un traitement qui est inutile, préjudiciable ou contraire à la norme de diligence professionnelle des médecins.

[126] Pour établir si le médecin respecte la norme de diligence professionnelle établie par la common law, le tribunal doit déterminer si le traitement de maintien de la vie a quelque chance de réussite sur le plan médical et si le retrait du traitement est dans l'intérêt véritable du patient. Cet exercice comporte nécessairement l'examen des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, en plus des conséquences importantes mentales et physiques sur son état et son bien-être, le tout dans le cadre des principes juridiques applicables.

[127] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour qu'elle tire les conclusions de fait nécessaires et qu'elle détermine

support is in accordance with the standard of care and the best interests of the patient.

I. Background

[128] The patient in this case suffered brain damage that, according to his doctors, left him in a persistent vegetative state. For almost three years, he has been kept alive by life support, including mechanical ventilation and artificial nutrition. It is his medical team's opinion that there is no realistic hope for his recovery. In their view, the provision of life support offers him no medical benefit and may, in fact, cause harm. As such, they wish to withdraw life support.

[129] The patient's wife, who is his substitute decision-maker, does not want life support withdrawn. She has filed more recent medical assessments as fresh evidence of a change in the patient's diagnosis to a minimally conscious state. Further, she believes that her husband's religious beliefs dictate that he would wish to be kept alive in these circumstances. Accordingly, she brought an application to restrain the patient's doctors from withdrawing life support.

[130] The application judge concluded that, under the *HCCA*, the physician's decision to remove life support requires the consent of the patient or the patient's substitute decision-maker. As a result, the doctors are required to apply to the Consent and Capacity Board if they wish to challenge the substitute decision-maker's decision to refuse to consent to the withdrawal of life support (2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761).

[131] The Court of Appeal dismissed the doctors' appeal (2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9). While the court was prepared to accept for present purposes "that the Act does not require doctors to obtain consent from a patient or substitute decision-maker to withhold or withdraw 'treatment' that they view as

si le retrait du traitement de maintien de la vie est conforme à la norme de diligence applicable et dans l'intérêt véritable du patient.

I. Contexte

[128] Le patient dont il est question en l'espèce a subi des lésions cérébrales et se trouve de ce fait, selon ses médecins, dans un état végétatif persistant. Depuis près de trois ans, il est maintenu en vie par ventilation et alimentation artificielles. L'équipe médicale qui le soigne estime qu'il n'y a pas de véritable espoir pour son rétablissement et que l'administration du traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique pour le patient, mais, en fait, possiblement des effets néfastes. Les médecins souhaitent donc retirer ce traitement.

[129] L'épouse du patient, qui est sa mandataire spéciale, ne veut pas que le traitement de maintien de la vie soit retiré. Elle a déposé des évaluations médicales plus récentes à titre de nouveaux éléments faisant la preuve d'un changement du diagnostic du patient qui serait désormais celui d'état de conscience minimale. Elle pense en outre que, dans ces circonstances, compte tenu des croyances religieuses de son époux, il souhaiterait être maintenu en vie. Elle a donc présenté une demande visant à empêcher les médecins du patient de retirer le traitement de maintien de la vie.

[130] La juge saisie de la demande a conclu que, suivant la *LCSS*, la décision des médecins de retirer le traitement de maintien de la vie exige le consentement du patient ou de son mandataire spécial. Les médecins sont donc tenus de s'adresser par voie de requête à la Commission, s'ils souhaitent contester la décision du mandataire spécial de refuser le consentement au retrait du traitement de maintien de la vie (2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761).

[131] La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par les médecins (2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9). Même si elle était disposée à conclure pour les besoins de la présente affaire que [TRADUCTION] « la Loi n'exige pas des médecins qu'ils obtiennent le consentement du patient ou de son mandataire

medically ineffective or inappropriate” (para. 46), it concluded that the withdrawal of life support was inextricably bound with palliative care as a “treatment package” (para. 52) and therefore fell within the definition of “treatment” in the Act. In these specific circumstances, the Court of Appeal held that consent was required.

[132] For the reasons that follow, I conclude that the Ontario legislature did not intend the *HCCA* to require patient consent for the *withdrawal* of medical treatment.

II. Analysis

A. *The Health Care Consent Act, 1996*

[133] The *HCCA* codifies and builds upon the common law of consent in Ontario. Similar legislation exists in several provinces across Canada.¹ The Act provides that a medical practitioner who proposes a treatment cannot administer it without the consent of the patient, or, if the patient is incapable of consenting, the consent of the substitute decision-maker (s. 10(1)). It does not say that a physician who proposes to withdraw treatment must obtain the consent of the patient or substitute decision-maker. Further, “treatment” is defined as “anything that is done for a . . . health-related purpose” (s. 2(1)). The definition does not say that “treatment” includes the withdrawal or withholding of treatment.

[134] The legislative history, similarly, discloses no intention to create a right for a patient to insist on treatment that a physician considers medically futile. Rather, the Act is designed to provide for

¹ See *The Health Care Directives Act*, C.C.S.M. c. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 181; *Care Consent Act*, S.Y. 2003, c. 21, Sch. B; *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 11 to 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2.

spécial quant au refus d’administrer un “traitement” ou quant au retrait d’un “traitement” qu’ils jugent inefficace ou inapproprié sur le plan médical » (par. 46), la Cour d’appel a conclu que le retrait du traitement de maintien de la vie était intrinsèquement lié à l’administration des soins palliatifs, le tout constituant un « traitement global » (par. 52), et s’inscrivait dans la définition de « traitement » figurant dans la Loi. Dans ces circonstances particulières, la Cour d’appel a statué que le consentement était requis.

[132] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le législateur ontarien ne voulait pas que la *LCSS* exige le consentement du patient au *retrait* d’un traitement médical.

II. Analyse

A. *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*

[133] La *LCSS* codifie les règles de la common law en matière de consentement en Ontario et prend appui sur elle. Des lois similaires ont été adoptées dans plusieurs provinces du Canada¹. Selon la Loi, le praticien de la santé qui propose un traitement ne peut pas l’administrer sans le consentement du patient, ou, s’il est incapable de le donner, sans le consentement de son mandataire (par. 10(1)). La Loi ne prévoit pas que le médecin qui propose le retrait d’un traitement doive obtenir le consentement du patient ou de son mandataire spécial. En outre, le « traitement » s’entend de « tout ce qui est fait dans un [. . .] but relié au domaine de la santé » (par. 2(1)). Il n’est pas précisé dans la définition que le « traitement » comprend le retrait d’un traitement ou le refus d’administrer un traitement.

[134] Dans le même ordre d’idées, l’historique législatif ne révèle aucune intention de conférer au patient le droit d’insister sur l’administration d’un traitement que le médecin estime inutile sur

¹ Voir *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M. ch. H27; *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 181; *Loi sur le consentement aux soins*, L.Y. 2003, ch. 21, ann. B; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 11 à 25; *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-17.2.

findings of incapacity and an orderly and principled regime for substitute decision-makers (see H. Young, “Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require ‘*Rasouli* Consent’” (2012), 6:2 *M.J.L.H.* 54, at p. 66).

(1) Codifying Patient Autonomy

[135] One of the *HCCA*’s purposes is to require that medical professionals adhere to the treatment wishes expressed by a person while capable and over the age of 16 (s. 1(c)(iii)). The known express wishes of a patient to refuse treatment must prevail, notwithstanding the medical consequences (s. 10(1)). As with the common law, this respects the autonomy of a person to refuse a proposed treatment — no matter the reason — even if the treatment is medically necessary (see *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192). Thus, for example, an adult patient has the right to refuse a blood transfusion even if, as a result, death is inevitable. When it comes to refusing treatment, personal autonomy is paramount.

[136] However, the converse is not true. As discussed below, there is no clear right under the Act or at common law for a patient to insist on a particular treatment if the doctor is not prepared to provide or continue to provide it. The *HCCA* reflects the consensus at common law, and does not require that a patient’s wishes prevail. When the issue is the withdrawal of treatment that is no longer medically effective or is even harmful, a patient’s choice alone is not an appropriate paradigm. A patient’s autonomy must be balanced against broader interests, including the nature of her condition, the implications of continuing the treatment, the professional obligations of her physicians, and the impact on the broader health care system. This reflection of the common law is evident from the purposes, provisions, and scheme of the Act.

le plan médical. La Loi vise plutôt les constatations d’incapacité et prévoit un régime ordonné et raisonné concernant les mandataires spéciaux (voir H. Young, « Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require “*Rasouli* Consent” » (2012), 6:2 *R.D.S.M.* 54, p. 66).

(1) Codification de l’autonomie du patient

[135] La *LCSS* a pour objet, entre autres, d’exiger que les professionnels de la santé respectent les désirs qu’une personne a exprimés à l’égard d’un traitement lorsqu’elle était capable et avait au moins 16 ans révolus (sous-al. 1c)(iii)). Les désirs connus exprimés par un patient quant au refus d’un traitement doivent prévaloir, quelles que soient les conséquences d’ordre médical (par. 10(1)). À l’instar de la common law, cette mesure respecte l’autonomie d’une personne de refuser un traitement proposé — quelle que soit la raison du refus — même si le traitement est nécessaire sur le plan médical (voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192). Ainsi, le patient adulte a le droit de refuser une transfusion sanguine, même si la mort s’ensuivra inévitablement. Lorsqu’il s’agit du refus d’un traitement, l’autonomie personnelle est primordiale.

[136] L’inverse n’est cependant pas vrai. Comme nous le verrons plus loin, la Loi ou la common law ne confèrent aucun droit manifeste au patient d’insister sur l’administration d’un traitement particulier si le médecin n’est pas disposé à l’administrer ou à continuer de l’administrer. La *LCSS* reflète le consensus établi en common law et n’exige pas que les désirs du patient prévalent. Lorsqu’il s’agit du retrait d’un traitement qui n’est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable, le choix du patient, à lui seul, ne constitue pas un bon paradigme. L’autonomie du patient doit être évaluée au regard d’intérêts plus larges, dont la nature de l’état du patient, les conséquences de la continuation du traitement, les obligations professionnelles de ses médecins et les répercussions sur le système de soins de santé. Les objets, les dispositions et l’esprit de la Loi traduisent clairement ces principes de common law.

(2) The Purposes, Provisions, and Scheme of the Act

[137] The purposes of the *HCCA* under s. 1 include:

1. . . .

- (a) to provide rules with respect to consent to treatment that apply consistently in all settings;
- (c) to enhance the autonomy of persons for whom treatment is proposed . . . by,
 - (i) allowing those who have been found to be incapable to apply to [the Board] for a review of the finding,
 - (ii) allowing incapable persons to request that a representative of their choice be appointed by [the Board] for the purpose of making decisions on their behalf concerning treatment . . . , and
 - (iii) requiring that wishes with respect to treatment, . . . expressed by persons while capable and after attaining 16 years of age, be adhered to;
- (e) to ensure a significant role for supportive family members when a person lacks the capacity to make a decision about a treatment . . . ;

[138] The Act sets out the framework for choosing a substitute decision-maker, determines the principles and process by which treatment decisions are made for incapable patients, and provides a limited mechanism to resolve disputes that may arise between the decision-maker and medical practitioners.

[139] For the reasons that follow, I am of the view that a withdrawal of treatment does not fall within the meaning of “treatment” under the Act. Further, given the role of known wishes under the Act, I am satisfied that the legislature did not intend for the Act to extend to such decisions, and has left such matters to be determined before the courts, according to the common law.

(2) Les objets, les dispositions et l’esprit de la Loi

[137] Voici quelques-uns des objets de la *LCSS* énoncés à son article premier :

1. . . .

- a) prévoir des règles en matière de consentement au traitement qui s’appliquent de façon uniforme dans tous les milieux;
- c) accroître l’autonomie des personnes pour lesquelles un traitement est proposé . . . :
 - (i) en permettant à celles dont l’incapacité a été constatée de demander, par voie de requête, à [la Commission] de réviser cette constatation,
 - (ii) en permettant aux incapables de demander [à la Commission] de nommer un représentant de leur choix . . . ,
 - (iii) en exigeant le respect des désirs que des personnes ont exprimés à l’égard d’un traitement [. . .] lorsqu’elles étaient capables et avaient au moins 16 ans révolus;
- e) veiller à ce que les membres de la famille qui soutiennent des personnes jouent un rôle important lorsque celles-ci n’ont plus la capacité de prendre une décision concernant un traitement . . .

[138] La Loi établit le cadre relatif au choix d’un mandataire spécial, les principes et le processus quant aux décisions à l’égard d’un traitement pour les patients incapables, ainsi qu’un mécanisme limité permettant de régler les différends qui peuvent survenir entre le mandataire spécial et les praticiens de la santé.

[139] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le retrait d’un traitement n’est pas visé par le terme « traitement » tel qu’il est défini dans la Loi. De plus, compte tenu du rôle, sous le régime de la Loi, des désirs exprimés connus, je suis convaincue que le législateur ne voulait pas que la Loi s’applique à de telles décisions, et qu’il entendait laisser aux tribunaux le pouvoir de trancher ces questions, en application de la common law.

(a) *The Role of Known Wishes in the Scheme of the Act*

[140] My conclusion that the *HCCA* does not require patient consent for withdrawing or withholding treatment is informed by the scheme of the Act.

(i) Principles for Giving or Refusing Consent

[141] The scheme of the Act ensures that when treatment is proposed, doctors, substitute decision-makers and the Board are all bound by the patient's known wishes, if clear and applicable. This is true for all treatments; there are no special provisions for end-of-life scenarios.

[142] Where the wishes of the patient are not known, the Act provides a broad test for determining whether it is in the best interests of the incapable patient to consent to or refuse treatment (s. 21(2)). It requires that the incapable patient's values, beliefs, and wishes be considered along with the consequences of a treatment on the patient's medical condition and broader well-being of the patient going forward.

[143] The best interests test has no role, however, when the express and clear wishes of the patient are known and applicable. The provisions of the Act, read together, ensure that if the express wishes of the patient are known, they must be followed.

[144] When the Act is engaged, s. 21(1)1 *requires* a substitute decision-maker *to follow* the express wishes of the patient if those wishes are known. Only if the wishes are not known can the substitute decision-maker act in the best interests of the patient:

21. (1) A person who gives or refuses consent to a treatment on an incapable person's behalf shall do so in accordance with the following principles:

a) *Le rôle sous le régime de la Loi des désirs exprimés connus*

[140] Ma conclusion selon laquelle la *LCSS* n'exige pas le consentement du patient pour refuser ou retirer un traitement repose sur l'esprit de la Loi.

(i) Principes devant guider le consentement ou le refus de celui-ci

[141] L'esprit de la Loi fait en sorte que, lorsqu'un traitement est proposé, les médecins, les mandataires spéciaux et la Commission sont tous tenus de se conformer aux désirs connus exprimés par le patient, si ceux-ci sont clairs et applicables. Cela vaut pour tout traitement; la Loi ne renferme aucune disposition particulière concernant les situations de fin de vie.

[142] Lorsqu'on ne connaît pas les désirs du patient, la Loi établit un critère large visant à déterminer si le consentement ou le refus du consentement est dans l'intérêt véritable du patient incapable (par. 21(2)). Ce critère exige de tenir compte des valeurs, des croyances et des désirs du patient incapable ainsi que des conséquences d'un traitement sur son état de santé et, de façon plus générale, sur son bien-être futur.

[143] Le critère relatif à l'intérêt véritable ne joue toutefois aucun rôle lorsque les désirs clairs et exprimés du patient sont connus et applicables. Considérées dans leur ensemble, les dispositions de la Loi garantissent que si les désirs exprimés par le patient sont connus, il faut s'y conformer.

[144] Lorsque la Loi est applicable, le par. 21(1)1 *exige* que le mandataire spécial *se conforme*, s'ils sont connus, aux désirs exprimés par le patient. Ce n'est que si ces désirs ne sont pas connus que le mandataire spécial peut agir dans l'intérêt véritable du patient :

21. (1) La personne qui donne ou refuse son consentement à un traitement au nom d'un incapable le fait conformément aux principes suivants :

1. If the person knows of a wish applicable to the circumstances that the incapable person expressed while capable and after attaining 16 years of age, the person shall give or refuse consent in accordance with the wish.
2. If the person does not know of a wish applicable to the circumstances that the incapable person expressed while capable and after attaining 16 years of age, or if it is impossible to comply with the wish, the person shall act in the incapable person's best interests.

(ii) Limited Role of the Consent and Capacity Board

[145] The Act permits applications to the Consent and Capacity Board with respect to the consent of incapable patients under three different provisions. (These applications to the Board are not available to resolve disputes between a doctor and his capable patient; any such disputes must be resolved through the courts.) These provisions permit the substitute decision-maker or the health practitioner to seek clarification or direction from the Board. They do not, however, give the Board the authority to override any clear and applicable known wishes.

[146] Section 35 provides for an application to the Board (by the substitute decision-maker or the health practitioner) for directions if there is need for clarity about the wishes of the incapable person. However, in giving directions, the Board *shall* apply s. 21, which in turn requires consent be given or refused in accordance with any known wish.

[147] Section 36 permits a substitute decision-maker (or health practitioner) who seeks the consent for treatment, despite known wishes to refuse the treatment, to apply to the Board. However, the Board may override the known wishes only if the patient would have likely consented because "the likely result of the treatment is significantly better than would have been anticipated in comparable circumstances at the time the wish was expressed" (s. 36(3)).

1. Si elle sait que l'incapable, lorsqu'il était capable et avait au moins 16 ans révolus, a exprimé un désir applicable aux circonstances, elle donne ou refuse son consentement conformément au désir exprimé.
2. Si elle ne sait pas si l'incapable, lorsqu'il était capable et avait au moins 16 ans révolus, a exprimé un désir applicable aux circonstances, ou s'il est impossible de se conformer au désir, elle agit dans l'intérêt véritable de l'incapable.

(ii) Rôle restreint de la Commission

[145] La Loi permet, aux termes de trois dispositions différentes, de présenter des requêtes à la Commission quant au consentement des patients incapables. (Ces requêtes ne permettent pas de régler les différends survenus entre le médecin et son patient capable qui, eux, doivent être réglés devant les tribunaux.) Selon les dispositions en question, le mandataire spécial ou le praticien de la santé peut demander des précisions ou des directives à la Commission. Ces dispositions ne confèrent toutefois pas à cette dernière le pouvoir d'écarter un désir connu, clair et applicable.

[146] Selon l'art. 35, le mandataire spécial ou le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander des directives à la Commission s'il a besoin de précisions quant aux désirs exprimés par la personne incapable. Toutefois, en donnant des directives, la Commission *met en application* l'art. 21 qui, à son tour, requiert que le consentement soit donné ou refusé conformément à tout désir connu.

[147] L'article 36 prévoit que le mandataire spécial (ou le praticien de la santé) qui veut obtenir le consentement à un traitement, malgré le désir connu du patient de refuser le traitement, peut présenter une requête à la Commission. Toutefois, celle-ci ne peut écarter le désir connu que si le patient donnerait probablement désormais son consentement « parce que le résultat vraisemblable du traitement est dans une large mesure meilleur que ce à quoi on se serait attendu, dans des circonstances comparables, au moment où le désir a été exprimé » (par. 36(3)).

[148] Finally, a health practitioner can apply to the Board under s. 37 to determine whether the substitute decision-maker complied with the requirements for providing consent under s. 21. Once again, pursuant to s. 21, the best interests test applies only if there are no clear known wishes. There is no provision that gives the Board authority to permit a substitute decision-maker to ignore known wishes and to determine and act on the best interests of the patient if the patient, over the age of 16 years, expressed a clear and applicable wish.

[149] Thus, where there are known wishes, the only available applications to the Consent and Capacity Board are (1) to obtain clarification of those wishes if unclear; or (2) to consider whether the wishes would likely have been different because of a change in the effectiveness of the treatment; or (3) to ensure the known wishes are being respected.

[150] A clearly expressed and still applicable wish to refuse treatment must therefore be followed by the substitute decision-maker, the physicians, and, crucially, by the Consent and Capacity Board. In this context, if the legislation was intended to go beyond the common law right to refuse medical treatment — to provide a patient or their substitute decision-maker with the right to insist on the continuation of treatment — it would have done so in clear terms. It provides no such right.

(b) *“Treatment” Does Not Include Withdrawal of Treatment*

[151] In Ontario, s. 10 of the *HCCA* requires physicians to secure consent to treatment:

10. (1) A health practitioner who proposes a treatment for a person shall not administer the treatment, and shall take reasonable steps to ensure that it is not administered, unless,

(a) he or she is of the opinion that the person is capable with respect to the treatment, and the person has given consent; or

[148] Enfin, aux termes de l’art. 37, le praticien de la santé peut, par voie de requête, demander à la Commission de déterminer si le mandataire spécial s’est conformé aux exigences relatives au consentement prévues à l’art. 21. Là encore, suivant cette disposition, le critère relatif à l’intérêt véritable s’applique uniquement si aucun désir clair et connu n’a été exprimé. Aucune disposition ne confère à la Commission le pouvoir d’autoriser le mandataire spécial à faire fi des désirs connus du patient et de décider de ce qui est dans son intérêt véritable, puis d’agir dans cet intérêt si le patient, alors qu’il était âgé de 16 ans ou plus, a exprimé un désir clair et applicable.

[149] Par conséquent, lorsqu’il existe des désirs connus, les seules requêtes possibles devant la Commission visent (1) à obtenir des précisions si les désirs exprimés ne sont pas clairs; (2) à déterminer si les désirs exprimés auraient été différents en raison d’un changement lié à l’efficacité du traitement; ou (3) à veiller à ce que les désirs connus soient respectés.

[150] Le mandataire spécial, les médecins et, cela est crucial, la Commission doivent respecter le désir exprimé clairement, et qui est toujours applicable, de refuser un traitement. Si le législateur avait eu l’intention d’aller au-delà du droit reconnu par la common law de refuser un traitement médical — pour conférer au patient ou à son mandataire spécial le droit d’insister pour que le traitement soit maintenu —, il l’aurait fait en termes clairs. Or, la Loi ne confère pas un tel droit.

(b) *Le « traitement » ne comprend pas le retrait d’un traitement*

[151] En Ontario, l’art. 10 de la *LCSS* exige que les médecins obtiennent le consentement à un traitement :

10. (1) Le praticien de la santé qui propose un traitement pour une personne ne doit pas l’administrer et doit prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce qu’il ne soit pas administré, sauf, selon le cas :

(a) s’il est d’avis que la personne est capable à l’égard du traitement, et qu’elle a donné son consentement;

- (b) he or she is of the opinion that the person is incapable with respect to the treatment, and the person's substitute decision-maker has given consent on the person's behalf in accordance with this Act.

[152] While ss. 10 and 21(1) give a central role to consent in the context of treatment, the Act also specifically provides that it does not affect the law relating to giving or refusing consent to anything not within the definition of "treatment" (s. 8(2)).

[153] Section 2 of the *HCCA* provides the scope of the procedures for which consent must be secured under s. 10(1) in the following definition of "treatment":

"treatment" means anything that is done for a therapeutic, preventive, palliative, diagnostic, cosmetic or other health-related purpose, and includes a course of treatment, plan of treatment

and of "plan of treatment", which is defined as follows:

"plan of treatment" means a plan that,

- (a) is developed by one or more health practitioners,
- (b) deals with one or more of the health problems that a person has and may, in addition, deal with one or more of the health problems that the person is likely to have in the future given the person's current health condition, and
- (c) provides for the administration to the person of various treatments or courses of treatment and may, in addition, provide for the withholding or withdrawal of treatment in light of the person's current health condition;

[154] On its face, the definitions of "treatment" or "plan of treatment" in s. 2 do not require a doctor to obtain consent to *withdraw* treatment, except where it is specifically provided as a component of a "plan of treatment". The word "treatment" in the Act is associated with something that is proposed

- (b) s'il est d'avis que la personne est incapable à l'égard du traitement, et que le mandataire spécial de la personne a donné son consentement au nom de celle-ci conformément à la présente loi.

[152] Bien que l'art. 10 et le par. 21(1) accordent un rôle central au consentement dans le contexte d'un traitement, la Loi prévoit aussi expressément qu'elle n'a pas d'incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n'est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)).

[153] L'article 2 de la *LCSS* établit la portée des actes nécessitant le consentement, aux termes du par. 10(1), en énonçant la définition suivante du terme « traitement » :

« traitement » S'entend de tout ce qui est fait dans un but thérapeutique, préventif, palliatif, diagnostique ou esthétique, ou dans un autre but relié au domaine de la santé, y compris une série de traitements, un plan de traitement . . .

L'article 2 donne aussi la définition du terme « plan de traitement » :

« plan de traitement » Plan qui a les caractéristiques suivantes :

- a) il est élaboré par un ou plusieurs praticiens de la santé;
- b) il porte sur un ou plusieurs problèmes de santé qu'une personne présente et peut également porter sur un ou plusieurs problèmes de santé que la personne présentera vraisemblablement à l'avenir étant donné son état de santé actuel;
- c) il prévoit l'administration à la personne de divers traitements ou séries de traitements et peut également prévoir, en fonction de l'état de santé actuel de la personne, le refus d'administrer un traitement ou le retrait d'un traitement.

[154] À leur face même, ces définitions n'exigent pas du médecin qu'il obtienne le consentement au *retrait* d'un traitement, sauf lorsqu'il est expressément prévu que le traitement en question fait partie d'un « plan de traitement ». Le terme « traitement » figurant dans la Loi s'entend d'un acte

by a health practitioner (s. 10) and done for a health-related purpose (s. 2). Although withdrawal of life support is something that is proposed by a health practitioner, it is not done for a health-related purpose. Rather, it is done for the purpose of discontinuing treatment. Stated differently, withdrawing life support brings that treatment to an end. The definition of “treatment” does not say that it includes discontinuing treatment.

[155] In my view, the reference to withholding or withdrawing treatment, in the definition of a “plan of treatment”, does not provide support for interpreting “treatment” generally to include its withholding or withdrawal. Rather, this specific reference to withholding or withdrawal of treatment in the definition of “plan of treatment” makes it clear that the framers of the Act differentiated between treatment and the withholding or withdrawal of treatment. They could have specifically included it in the definition of “treatment”, if they wished to do so. Instead, withholding or withdrawal of treatment is included only as an optional *additional* element in the context of an overall plan that is focused on providing “various treatments or courses of treatment” to deal with a health problem. While the definition of a “plan of treatment” may create some arbitrariness by including some withdrawals of treatment and not others, the Act has addressed *only* those withdrawals of treatment that are bound up with an overall plan that provides for more than one treatment or course of treatment.

[156] The protection of liability provisions further support the conclusion that the *HCCA* only contemplates a requirement of consent for the withholding or withdrawal of treatment that is included in a “plan of treatment”. A physician is protected when there is an apparently valid consent to “treatment” or apparently valid refusal of “treatment” (s. 29(1) and (2)). When a physician obtains an apparently valid consent to a “plan of treatment”, no

proposé par le praticien de la santé (art. 10) et posé dans un but relié au domaine de la santé (art. 2). Bien que le retrait du traitement de maintien de la vie soit un acte proposé par le praticien de la santé, il n’est pas fait dans un but relié au domaine de la santé. Il est plutôt fait dans le but de cesser l’administration d’un traitement. Autrement dit, le retrait du traitement de maintien de la vie met fin à ce traitement. Or, il n’est pas précisé dans la définition du terme « traitement » que celui-ci comprend la cessation d’un traitement donné.

[155] À mon avis, le renvoi au refus d’administrer un traitement ou au retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement » n’appuie pas une interprétation du terme « traitement » qui inclurait un tel refus ou retrait. Au contraire, cette mention exprime du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement dans la définition du « plan de traitement » établit clairement que les rédacteurs de la Loi faisaient une distinction entre un traitement, d’une part, et le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement, d’autre part. S’ils l’avaient souhaité, ils auraient pu inclure expressément cette distinction dans la définition de « traitement ». Or, le refus d’administrer un traitement ou le retrait d’un traitement sont seulement inclus à titre d’éléments *supplémentaires* optionnels dans le cadre d’un plan général qui vise l’administration de « divers traitements ou séries de traitements » pour régler un problème de santé. Bien que la définition du « plan de traitement » puisse revêtir un caractère arbitraire par l’inclusion du retrait d’un traitement dans certains cas et non dans d’autres, la Loi porte sur le retrait d’un traitement *uniquement* dans le cas d’un plan global de traitement qui prévoit plusieurs traitements ou séries de traitements.

[156] Les dispositions relatives à l’immunité confirment la conclusion selon laquelle la *LCSS* n’exige le consentement que dans le cas du refus d’administrer un traitement ou du retrait d’un traitement qui fait partie d’un « plan de traitement ». Le médecin est protégé en cas de consentement apparemment valide au « traitement » ou de refus apparemment valide du « traitement » (par. 29(1) et (2)). Si le médecin obtient un consentement

liability can ensue for the withholding or withdrawal of the treatment, as set out in the plan of treatment (s. 29(3)). There is no similar general provision to protect a physician from liability if a patient consents to the withdrawal of “treatment” that is not part of a “plan of treatment”.

(3) The HCCA Does Not Govern Consent to Withdrawal of Treatment

[157] In light of the purpose, text and scheme of the Act, I conclude that the definition of “treatment” does not include the withdrawal of treatment. As the Court of Appeal recognized, “if the legislature intended that consent was required to the withholding or withdrawal of life support measures that are considered to be medically ineffective or inappropriate”, clearer language to that effect would have been used in the statute (para. 41). The reasonable conclusion is that the *HCCA* does not alter the common law of consent by creating an entitlement to treatment.

[158] The Chief Justice, however, concludes that withdrawal of treatment may sometimes, although not always, constitute “treatment” as defined in the Act. She notes that the definition of “treatment” does not include the withdrawal of treatment in every case. For example, a doctor would not require consent for the withdrawal of prescription medication that was not medically indicated. To require consent in that scenario would allow patients to compel the continuation of any treatment despite any of the attendant medical implications and would be absurd.

[159] The Chief Justice concludes that the withdrawal of life support is included in the definition of “treatment” in s. 2 and consent is required under s. 10(1) because the processes involved in the withdrawal of life support are a series of distinct acts — most serving health-related purposes — and the critical interests at stake go to the heart of the purposes of the Act. In particular, the steps taken

apparemment valide à un « plan de traitement », il ne peut être tenu responsable d’avoir refusé d’administrer un traitement ou de l’avoir retiré, conformément à un plan de traitement (par. 29(3)). La Loi ne comporte aucune disposition générale similaire lorsque le patient donne son consentement au retrait d’un « traitement » qui ne fait pas partie d’un « plan de traitement ».

(3) La LCSS ne régit pas le consentement au retrait d’un traitement

[157] Compte tenu de l’objet, du libellé et de l’esprit de la Loi, je conclus que la définition du terme « traitement » ne comprend pas le retrait d’un traitement. Comme l’a reconnu la Cour d’appel, [TRADUCTION] « si le législateur avait eu l’intention d’exiger le consentement pour le refus d’administrer un traitement de maintien de la vie ou le retrait d’un tel traitement jugé inefficace ou inapproprié sur le plan médical », il l’aurait exprimé plus clairement (par. 41). Il convient donc de conclure que la *LCSS* n’a pas pour effet de modifier les règles de la common law en matière de consentement en conférant le droit de recevoir un traitement.

[158] La Juge en chef conclut plutôt que le retrait d’un traitement peut constituer parfois, mais pas toujours, un « traitement » au sens de la Loi. Elle indique que la définition de « traitement » ne comprend pas toujours le retrait d’un traitement. Par exemple, le médecin n’aurait pas besoin du consentement au retrait d’un médicament sur ordonnance qui n’est pas recommandé sur le plan médical. L’obligation d’obtenir le consentement dans ce cas permettrait aux patients d’exiger le maintien de tout traitement malgré les conséquences sur le plan médical et serait absurde.

[159] Selon la Juge en chef, le retrait d’un traitement de maintien de la vie serait, lui, visé par la définition du terme « traitement » énoncée à l’art. 2 et nécessiterait le consentement conformément au par. 10(1) parce que les processus entourant un tel retrait constituent une série d’actes distincts — visant pour la plupart un but relié au domaine de la santé — et que les intérêts cruciaux qui sont

in withdrawing life support are physically required to effect the process of dying (or are directed to minimizing distress and discomfort as the dying process occurs), and serve health-related purposes. She concludes that such steps are often (but not always) bound up with palliative care treatment. They often (but not always) involve physical interference with the body of the patient.

[160] I take a different view. I am not satisfied that, under the Act, there is a coherent basis upon which to conclude that some withdrawals of treatment require consent and others do not. In my view, whether withdrawal of treatment is considered to be treatment should not depend upon the *process* involved in the withdrawal of the treatment. Nor should it depend upon whether it is withdrawn in conjunction with other treatment to ease distress or discomfort, or upon how invasive the particular process is. Finally, it should not depend upon how a treatment has been administered in a particular case, whether orally, by injection or intravenously. These distinctions provide little clarity about when the Act will be engaged.

[161] There is no doubt that, under the Act, the provision of treatment to provide palliative care requires consent. However, while the decision to withdraw life support may also lead to a decision regarding palliative care, these decisions are not always bound together. The record shows that the relationship between the two, as a matter of implementation, will depend upon the specific circumstances of the case. The requirement for consent for withdrawal should not rest on whether palliative care is required or has preceded the withdrawal of life support. They are separate issues. There is nothing in the Act to support tying these separate issues together as a “treatment package”.

en jeu à cet égard touchent à l’essence même des objectifs de la Loi. Plus précisément, les mesures prises en vue de retirer le traitement de maintien de la vie sont nécessaires sur le plan physique pour provoquer l’agonie (ou tendent à réduire la détresse et le malaise pendant qu’elle se déroule), et visent un but relié au domaine de la santé. La Juge en chef conclut que ces mesures sont souvent (mais pas toujours) liées à l’administration des soins palliatifs. Elles entraînent souvent (mais pas toujours) une intervention physique sur le corps du patient.

[160] Je ne partage pas cette opinion. Je ne suis pas convaincue que la Loi permet logiquement de conclure que, dans certains cas, le retrait d’un traitement exige un consentement, alors que dans d’autres, tel n’est pas le cas. À mon avis, la réponse à la question de savoir si le retrait d’un traitement est considéré comme un traitement ne devrait pas dépendre du *processus* de retrait du traitement. Elle ne devrait pas non plus dépendre de la question de savoir si le traitement retiré est rattaché à un autre traitement destiné à réduire la détresse et le malaise, ou de la nature invasive de ce processus particulier. Enfin, cette réponse ne devrait pas dépendre de la façon d’administrer un traitement dans un cas donné, par voie orale, par injection ou par voie intraveineuse. Ces distinctions ne clarifient pas vraiment le moment où la Loi s’appliquera.

[161] Aux termes de la Loi, il ne fait aucun doute que l’administration des soins palliatifs exige un consentement. Toutefois, s’il est vrai que la décision de retirer un traitement de maintien de la vie peut aussi mener à la décision d’administrer des soins palliatifs, ces décisions ne sont pas toujours reliées. Le dossier révèle que, pour des raisons de mise en œuvre, le lien entre les deux décisions dépendra des circonstances particulières de chaque cas. L’exigence d’obtenir le consentement au retrait d’un traitement ne devrait pas dépendre de la question de savoir si l’administration des soins palliatifs est nécessaire ou si elle a précédé le retrait d’un traitement de maintien de la vie. Il s’agit de questions distinctes. Rien dans la Loi ne permet de rattacher ces questions distinctes à titre de « traitement global ».

[162] The withdrawal of life support does not necessarily engage the common law tort of battery. Discontinuing life support need not require physical touching of the patient. Stopping a ventilation machine or discontinuing the provision of sustenance to the patient are both activities undertaken without any physical interaction with the patient.

[163] On this record, the withdrawal of life support — the stopping of the respirator or the provision of sustenance itself — would not be invasive. The withdrawal of treatment may in some cases, however, entail some physical interference so that it can be undertaken more comfortably, or to respect the patient’s dignity. In this case, it may be that extubation would be undertaken once the tube no longer serves a purpose in the provision of life support. To the extent such measures constitute palliative care, consent is required.

(4) Summary

[164] In conclusion, the *HCCA* was not intended to cover the withdrawal of treatment. The Act is not intended to provide a comprehensive scheme. Indeed, it specifically provides that it does not affect the law relating to giving or refusing consent to anything not within the definition of “treatment” (s. 8(2)). A “plan of treatment” is described as something *proposed* or “*developed*” by the health care team *for health-related purposes* (s. 2(1)). The Act itself does not refer to the withdrawal of treatment, except as a specific component of a larger plan for the provision of treatments or courses of treatment.

[165] The Act is designed to give effect to the principle of patient autonomy — a principle with deep roots in our common law — that permits a patient to refuse medical treatment, no matter the consequences. However, neither the *HCCA* nor the common law permits a patient to dictate treatment; as I discuss below, there is no common law

[162] Par ailleurs, le retrait d’un traitement de maintien de la vie ne donne pas nécessairement lieu à l’application du délit de voies de fait qui existe en common law. En effet, un tel retrait ne requiert pas nécessairement de contact physique avec le corps du patient. L’arrêt de la ventilation artificielle ou l’interruption de l’alimentation sont deux activités exercées sans aucune intervention physique sur le corps du patient.

[163] Au vu du dossier, le retrait du traitement de maintien de la vie — soit arrêter l’appareil respiratoire ou interrompre l’alimentation — ne saurait constituer des procédures invasives. Cela dit, le retrait d’un traitement peut, dans certains cas, entraîner une intervention physique afin d’assurer le confort du patient ou le respect de sa dignité. En l’espèce, il se pourrait que le détubage soit pratiqué uniquement une fois que la sonde ne servirait plus au traitement de maintien de la vie. Dans la mesure où ces procédures constituent des soins palliatifs, il est nécessaire d’obtenir le consentement à cet égard.

(4) Sommaire

[164] En conclusion, la *LCSS* ne vise pas à englober le retrait d’un traitement. La Loi n’a pas pour objet d’instaurer un régime complet. En effet, elle prévoit expressément qu’elle n’a pas d’incidence sur le droit se rapportant au fait de donner ou de refuser son consentement à tout ce qui n’est pas compris dans la définition du terme « traitement » (par. 8(2)). Un « plan de traitement » s’entend de ce qui est *proposé* ou « *élaboré* » par l’équipe soignante *dans un but relié au domaine de la santé* (par. 2(1)). La Loi elle-même ne fait pas mention du retrait d’un traitement, sauf dans le cas où il s’agit d’un élément spécifique d’un plan plus large visant l’administration de traitements ou séries de traitements.

[165] La Loi vise à donner effet au principe de l’autonomie du patient — profondément enraciné dans notre common law — qui permet à celui-ci de refuser un traitement médical, peu importe les conséquences. Toutefois, ni la *LCSS* ni la common law ne permettent à un patient d’imposer un traitement. Comme je l’explique plus loin, il n’existe

consensus that a doctor requires the consent of the patient to withhold or withdraw treatment. Neither the words nor the scheme of the Act contemplate a patient's right to stop a doctor from withdrawing treatment that is no longer medically effective or is even harmful. Indeed, such an extension of patient autonomy to permit a patient to insist on the continuation of treatment that is medically futile would have a detrimental impact on the standard of care and legal, ethical, and professional duties in the practice of medicine.

[166] The role of patient autonomy must be balanced with the physician's role, expertise, and advice. As well, there are a myriad of important interests, such as the integrity of our health care system, at stake. But the doctor's ability to challenge the decision of the substitute decision-maker under the Act is limited in scope, particularly where the patient has made a prior wish with respect to treatment. The Board in such circumstances has no authority under the Act to override express clear and relevant wishes of the patient.

[167] For all these reasons, I conclude that the legislature did not intend that the Act would apply to the withholding or withdrawal of life-sustaining treatment.

B. *The Common Law*

(1) Overview

[168] In my view, the common law does not entitle a patient to insist upon continuation of treatment; it does not require a patient's consent to the withholding or withdrawal of treatment that the physician considers has no chance of being medically effective and that is no longer consistent with the professional standard of care. For the reasons that follow, I conclude that such consent is not required at common law, even in the context of withholding or withdrawal of life support. I note

pas de consensus en common law selon lequel le médecin est tenu d'obtenir le consentement du patient au refus d'administrer un traitement ou à son retrait. Ni le libellé ni l'esprit de la Loi ne comprennent le droit du patient d'empêcher le médecin de retirer un traitement qui n'est plus efficace sur le plan médical ou qui est même préjudiciable. En fait, l'élargissement de l'autonomie du patient de manière à lui permettre d'insister sur le maintien d'un traitement qui est inutile sur le plan médical aurait un effet préjudiciable sur la norme de diligence et sur les obligations juridiques, déontologiques et professionnelles dans la pratique de la médecine.

[166] Il faut mettre en balance le rôle de l'autonomie du patient, d'une part, et le rôle, l'expertise ainsi que l'avis du médecin, d'autre part. De plus, il existe une multitude d'intérêts importants en jeu, par exemple l'intégrité de notre système de soins de santé. Or, la capacité du médecin de contester la décision du mandataire spécial en vertu de la Loi a une portée restreinte, particulièrement lorsque le patient a exprimé antérieurement un désir concernant le traitement. Dans de pareilles circonstances, la Loi n'habilite pas la Commission à écarter les désirs clairs et pertinents exprimés par le patient.

[167] Pour tous ces motifs, je conclus que le législateur n'avait pas l'intention que la Loi s'applique au refus d'administrer un traitement de maintien de la vie ou au retrait d'un tel traitement.

B. *La common law*

(1) Aperçu

[168] J'estime que la common law ne donne pas au patient le droit d'insister sur le maintien d'un traitement. Elle n'exige pas non plus le consentement du patient au refus d'administrer un traitement ou au retrait d'un traitement que le médecin estime inefficace sur le plan médical et qui ne correspond plus à la norme de diligence professionnelle. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le consentement à cet égard n'est pas exigé en common law, même dans le contexte du refus

that rights pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have not been raised or argued in this appeal.

[169] A patient's wishes, ideals, and values are important considerations in end-of-life decisions in an institutional setting. However, the continuation of life is not an absolute value. The ultimate decision whether to withdraw life-sustaining treatment must respect the medical or physical consequences of withdrawal or continuation of life support, and also the personal autonomy, bodily integrity, and human dignity of the patient. A doctor cannot be required to act outside of his standard of care and contrary to his professional duties.

[170] In addition to the obligation to perform their medical duties in accordance with the standard of care, however, doctors have fiduciary obligations to their patients (see *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138). La Forest J. described the fiduciary duty in *McInerney*: "As part of the relationship of trust and confidence, the physician must act in the best interests of the patient" (p. 154).

[171] In my view, these obligations should require doctors to undertake a certain *process* for resolving such important questions, similar to the decisions that families and substitute decision-makers must make in the end-of-life setting. For one, the doctor should include a role for the family or substitute decision-maker. The doctor's obligations should include, for example, providing notice and a thorough and accommodating process for determining the condition and best interests of the patient. When the medical team determines an appropriate course of action and the patient or their substitute decision-maker disagrees, doctors should also explore alternative institutions willing to continue the treatment.

d'administrer un traitement ou du retrait d'un traitement de maintien de la vie. Je tiens à souligner que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont été ni invoqués ni débattus dans le cadre du présent pourvoi.

[169] Les désirs exprimés par le patient, ses idéaux ainsi que ses valeurs sont des facteurs importants au regard des décisions concernant la fin de vie prises en établissement. Toutefois, le maintien de la vie n'est pas une valeur absolue. La décision définitive de retirer ou non un traitement de maintien de la vie doit respecter les conséquences sur le plan médical ou physique de ce retrait ou de la continuation du traitement, ainsi que l'autonomie personnelle, l'intégrité physique et la dignité humaine du patient. On ne peut exiger du médecin qu'il agisse à l'encontre de ses obligations professionnelles et de la norme de diligence à laquelle il est astreint.

[170] Cela dit, outre le devoir d'accomplir ses tâches d'ordre médical selon la norme de diligence, le médecin a des obligations fiduciaires envers ses patients (voir *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138). Dans cet arrêt, le juge La Forest a décrit comme suit l'obligation fiduciaire : « Dans le cadre de cette relation de confiance, le médecin doit agir dans le meilleur intérêt du patient » (p. 154).

[171] J'estime que, selon ces obligations, le médecin devrait être tenu de suivre un certain *processus* pour régler des questions d'une telle importance, semblables aux décisions concernant la fin de vie que la famille et le mandataire spécial sont appelés à prendre. Tout d'abord, le médecin devrait accorder un rôle à la famille ou au mandataire spécial. Il devrait être tenu, par exemple, de les aviser et de suivre un processus détaillé et conciliant visant à déterminer l'état de santé et l'intérêt véritable du patient. Lorsque l'équipe médicale établit les mesures à prendre et que le patient ou son mandataire spécial est en désaccord, le médecin devrait également examiner la possibilité que d'autres établissements soient disposés à continuer l'administration du traitement.

[172] In light of the duties that the doctor owes to her patient in the end-of-life setting, if the family objects to the physician's and institution's final assessment, the court will review the circumstances to ensure that the doctor's decision to withdraw life support accords with the required standard of care and that the doctor has discharged her fiduciary obligations to act in the best interests of the patient.

(2) Common Law Jurisprudence

[173] The right to refuse treatment is well entrenched in the common law. However, the reverse is not true. I know of no, nor have I been directed to any, Canadian decision holding that consent is a necessary condition for the withholding or withdrawal of treatment generally. In my view, there is no general common law right or entitlement to treatment that a doctor considers medically ineffective or contrary to the professional standard of care.

[174] The withdrawal of life support, however, involves stark emotional responses, competing values and difficult choices. Increasingly, medical advances permit institutions to use extraordinary measures to prevent patients from dying. In *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] A.C. 789 (H.L.), at p. 868, Lord Goff of Chieveley stated that the court's task is not to determine "whether it is in the best interests of the patient that he should die. The question is whether it is in the best interests of the patient that his life should be prolonged by the continuance of this form of medical treatment or care." As the application judge Himel J. noted, in her careful and thorough review of the common law (at paras. 53-83), the issue of whether consent is required for the withdrawal of life support treatment has come before the courts in recent years.

[175] A number of common threads emerge from the jurisprudence.

[172] Compte tenu des obligations du médecin envers son patient dans le contexte de fin de vie, si la famille du patient conteste son évaluation finale et celle de l'établissement de soins de santé, le tribunal examinera les circonstances pour s'assurer que la décision du médecin de retirer le traitement de maintien de la vie respecte la norme de diligence requise et qu'il s'est acquitté de son obligation fiduciaire d'agir dans l'intérêt véritable du patient.

(2) La jurisprudence de common law

[173] Le droit de refuser un traitement est bien établi en common law. L'inverse n'est cependant pas vrai. Je ne connais et on ne m'a cité aucune décision canadienne portant que le consentement est une condition essentielle pour le refus d'administrer un traitement ou pour le retrait d'un traitement en général. À mon avis, il n'existe aucun droit général en common law à un traitement que le médecin estime inefficace sur le plan médical ou contraire à la norme de diligence professionnelle.

[174] Le retrait d'un traitement de maintien de la vie comporte toutefois des conséquences émotionnelles douloureuses, met en présence des valeurs opposées et entraîne des choix difficiles. Les progrès de la médecine permettent de plus en plus aux établissements de soins de santé de prendre des mesures extraordinaires pour empêcher le décès des patients. Dans *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] A.C. 789 (H.L.), p. 868, lord Goff of Chiveley a affirmé que le rôle du tribunal ne consiste pas à déterminer [TRADUCTION] « si l'intérêt véritable du patient consiste en son décès, mais plutôt si l'intérêt véritable du patient consiste à prolonger sa vie en continuant d'administrer cette forme de traitement médical ou de soins ». Dans son examen minutieux de la common law (aux par. 53-83), la juge Himel (la juge saisie de la demande en l'espèce) a noté que, au cours des dernières années, les tribunaux ont déjà eu à se prononcer sur la question de la nécessité du consentement au retrait d'un traitement de maintien de la vie.

[175] La jurisprudence fait état de plusieurs éléments communs à cet égard.

- (a) *Consent Is Not Required to Withdraw or Withhold Treatment That Is Medically Ineffective*

[176] First, even in end-of-life situations, I have not been directed to any Canadian decision ordering that a physician obtain consent to withhold or withdraw treatment that is not medically effective. When faced with the question of whether or not consent is required for the withdrawal or withholding of life support, some courts have reviewed a physician's decision to withhold life-sustaining treatment on the basis of whether or not it was in the best interests of the patient. See *Sweiss v. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211.

[177] Even in those cases in which the court has intervened to prevent doctors from unilaterally withdrawing or withholding treatment, the courts did not conclude that consent was required. Rather, in those cases, the courts ordered an injunction pending trial. In *Sawatzky v. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222 (Q.B.), the court granted an interim injunction removing a “do not resuscitate” order pending trial, as the case involved factual questions as to the patient's status and raised the question of whether the *Charter* or *The Human Rights Code*, C.C.S.M. c. H175, prevented a doctor from unilaterally imposing a “do not resuscitate” order.

[178] In *Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, the court observed, at paras. 18-23, that there would be some situations in which withdrawal of life support may necessitate some touching of the patient, including for the administration of drugs for pain. The requirement of consent, therefore, would seem to be predicated upon whether it was necessary to touch the patient in order to withdraw life support or to make him more comfortable by

- a) *Le consentement n'est pas nécessaire à l'égard du retrait d'un traitement ou du refus d'administrer un traitement inefficace sur le plan médical*

[176] Tout d'abord, même pour ce qui est des situations concernant la fin de vie, on ne m'a présenté aucune décision canadienne enjoignant à un médecin d'obtenir le consentement au refus d'administrer un traitement ou au retrait d'un traitement inefficace sur le plan médical. Saisis de la question de savoir si le consentement était ou non requis pour le retrait d'un traitement de maintien de la vie ou pour le refus d'administrer un tel traitement, certains tribunaux ont examiné la décision du médecin de refuser de l'administrer en se demandant si ce refus était dans l'intérêt véritable du patient. Voir *Sweiss c. Alberta Health Services*, 2009 ABQB 691, 483 A.R. 340; *I.H.V., Re*, 2008 ABQB 250, 449 A.R. 211.

[177] Même dans les affaires où ils sont intervenus pour empêcher des médecins de retirer ou de refuser unilatéralement un traitement, les tribunaux n'ont pas conclu à l'obligation d'obtenir le consentement. Ils ont plutôt prononcé une injonction en attendant l'instruction de l'affaire. Dans *Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.* (1998), 132 Man. R. (2d) 222 (B.R.), le tribunal a accordé une injonction provisoire annulant une ordonnance de [TRADUCTION] « ne pas réanimer » dans l'attente de l'instruction de l'affaire, puisqu'il s'agissait de questions de fait quant à l'état du patient et de la question de savoir si la *Charte* ou le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M. ch. H175, avait pour effet d'empêcher un médecin d'imposer unilatéralement une ordonnance de « ne pas réanimer ».

[178] Dans *Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital*, 2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274, le tribunal a fait remarquer aux par. 18-23 que, dans certains cas, le retrait d'un traitement de maintien de la vie peut entraîner le contact physique avec le corps du patient, notamment pour l'administration d'analgésiques. L'exigence d'obtenir le consentement semblerait donc reposer sur la nécessité du contact physique avec le corps du patient afin de retirer son traitement de maintien

administering palliative care. This is similar to the “treatment package” reasoning used by the Court of Appeal in this case and is subject to the same objections outlined above.

[179] In another set of cases, an injunction was ordered for a period of time in order to allow the patient’s representatives to procure a second opinion or an ethics committee report before the doctors would be able to act unilaterally (see *Sweiss*, at paras. 67-68; *Jin v. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161, at paras. 40-42).

[180] However, other courts, including the only other appellate decision in Canada prior to the Court of Appeal’s decision in this case (*Child and Family Services of Central Manitoba v. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135 (C.A.)), have explicitly concluded that consent is not required, and that it is not appropriate for a court to interfere with medical doctors acting unilaterally and professionally in the best interests of a patient. See also *I.H.V., Re; Rotaru v. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII).

[181] In *R.L.*, the Manitoba Court of Appeal concluded that consent was not required to place a “Do Not Resuscitate” order on a patient’s chart. The patient was an 11-month old infant in a persistent vegetative state. Doctors agreed that the patient would not regain any form of consciousness and, like in this case, continuing life support would not improve the patient’s condition. The patient’s parents objected to the order. The Court of Appeal stated, at para. 17:

... neither consent nor a court order in lieu is required for a medical doctor to issue a non-resuscitation direction where, in his or her judgment, the patient is in an irreversible vegetative state. Whether or not such a direction should be issued is a judgment call for the doctor to make having regard to the patient’s history and condition and the doctor’s evaluation of the hopelessness of the

de la vie ou de le soulager en lui administrant des soins palliatifs. Ce raisonnement est similaire au raisonnement concernant le « traitement global » formulé par la Cour d’appel en l’espèce et fait l’objet des objections mentionnées précédemment.

[179] Dans d’autres affaires, le tribunal a accordé une injonction pendant un certain temps pour permettre aux représentants du patient d’obtenir un deuxième avis ou le rapport d’un comité déontologique avant que les médecins ne puissent agir unilatéralement (voir *Sweiss*, par. 67-68; *Jin c. Calgary Health Region*, 2007 ABQB 593, 428 A.R. 161, par. 40-42).

[180] Toutefois, dans d’autres décisions, dont la seule décision d’un tribunal d’appel au Canada antérieure à l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce (*Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.* (1997), 123 Man. R. (2d) 135 (C.A.)), les tribunaux ont explicitement conclu que le consentement n’était pas requis et qu’il n’appartenait pas au tribunal d’intervenir lorsque les médecins agissaient unilatéralement et professionnellement dans l’intérêt véritable du patient. Voir également *I.H.V., Re; Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit*, 2008 BCSC 318 (CanLII).

[181] Dans *R.L.*, la Cour d’appel du Manitoba a conclu que le consentement n’était pas obligatoire pour placer une ordonnance de « Ne pas réanimer » dans le dossier du patient. Ce dernier était un enfant de 11 mois qui se trouvait dans un état végétatif persistant. Les médecins ont convenu que le patient ne reprendrait jamais connaissance et que, comme en l’espèce, le fait de continuer d’administrer le traitement de maintien de la vie n’entraînerait pas une amélioration de son état de santé. Les parents du patient se sont opposés à l’ordonnance. La Cour d’appel a dit ce qui suit, au par. 17 :

[TRADUCTION] ... le médecin n’est pas tenu d’obtenir un consentement ni une ordonnance judiciaire pour donner des instructions de ne pas réanimer lorsqu’il estime que le patient se trouve dans un état végétatif irréversible. Il appartient au médecin de donner ou non de telles instructions, compte tenu des antécédents et de l’état de santé du patient ainsi que de son évaluation

case. The wishes of the patient's family or guardians should be taken into account, but neither their consent nor the approval of a court is required.

[182] This reasoning in *R.L.* reflects the well-established approach in the United Kingdom. U.K. courts generally agree that consent is not required to withdraw life support. Holding that physicians were not obligated to adopt a course of treatment that, in their view, was not in the patient's best interests, the Court of Appeal considered that a court order would be "an abuse of power as directly or indirectly requiring the practitioner to act contrary to the fundamental duty which he owes to his patient" (*Re J (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614, at p. 622; see also *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *Bland*).

[183] In *Bland*, the leading case in the U.K., the House of Lords held that health care providers would not be criminally or civilly liable for withdrawing treatment from a patient in a persistent vegetative state, where, in the physicians' view, there was no possibility that he would regain consciousness and that continuing life support was not in the patient's best interests. The House of Lords concluded that the withdrawal of life support was not illegal without a court order:

... in the absence of an application, the doctor who proposes the cessation of life-supporting care and treatment on the ground that their continuance would not be in the patient's best interests will have reached that conclusion himself and will be judge in his own cause unless and until his chosen course of action is challenged in criminal or civil proceedings. [p. 875, *per* Lord Lowry]

[184] In the United States, some state legislatures have addressed the withholding and withdrawal of

du caractère désespéré de la situation. Il y a lieu de prendre en considération les désirs de la famille ou des tuteurs du patient, mais ni leur consentement ni l'autorisation du tribunal ne sont obligatoires.

[182] Le raisonnement de l'arrêt *R.L.* reflète l'approche bien établie appliquée au Royaume-Uni. Les tribunaux de ce pays s'entendent en effet de manière générale pour dire que le consentement au retrait d'un traitement de maintien de la vie n'est pas obligatoire. En concluant que les médecins n'étaient pas tenus d'adopter une série de traitements qui, de leur avis, n'étaient pas dans l'intérêt véritable du patient, la Cour d'appel a estimé qu'une ordonnance judiciaire constituerait [TRADUCTION] « un abus de pouvoir obligeant le praticien de la santé, directement ou indirectement, à agir à l'encontre du devoir fondamental qui lui incombe envers son patient » : *Re J (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614, p. 622; voir également *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *Bland*.

[183] Dans *Bland*, l'arrêt de principe dans la jurisprudence du Royaume-Uni, la Chambre des lords a conclu que les fournisseurs de soins de santé ne sont pas criminellement ou civilement responsables du retrait d'un traitement administré à un patient qui se trouve dans un état végétatif persistant, s'ils estiment qu'il n'est pas possible que le patient reprenne connaissance et que le fait de continuer d'administrer le traitement de maintien de la vie n'est pas dans l'intérêt véritable du patient. Selon la Chambre des lords, le retrait d'un traitement de maintien de la vie sans ordonnance judiciaire n'était pas illégal :

[TRADUCTION] ... en l'absence de demande, le médecin qui propose le retrait du traitement de maintien de la vie au motif que la poursuite de ce traitement ne serait pas dans l'intérêt véritable du patient sera arrivé lui-même à cette conclusion et tranchera sa propre cause, à moins que les mesures choisies ne soient contestées dans le cadre d'instances pénales ou civiles. [p. 875, lord Lowry]

[184] Aux États-Unis, certaines législatures des États ont abordé directement le refus d'administrer

life support directly.² While U.S. courts have shown deference to patient wishes, they have declined to address the issue of whether a patient has the right to insist on life support (*In Re: The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (Minn. Dist. Ct. (Prob. Ct. Div.) 1991), reported in (1991), *7 Issues L. & Med.* 369), and whether consent was required to withdraw life sustaining treatment that has no benefit to the patient (*In the Matter of Baby “K”*, 16 F.3d 590 (4th Cir. 1994)).

[185] Thus, courts throughout Canada, the U.K. and the U.S. have been reluctant to require a doctor to provide or continue life support treatment that was found to be outside the professional medical standard of care. As Hilary Young points out (at p. 63), neither the origins of consent as a defence to battery, nor the more recent development of the doctrine of informed consent in negligence, ground a legal entitlement to life-sustaining treatment outside the standard of care.

2 At least 11 states, including: Arizona, Idaho, Indiana, Kentucky, Maryland, Minnesota, North Dakota, Oregon, Pennsylvania, South Dakota, and Wisconsin, permit requests for life-sustaining treatments in an advance directive. Other states, however, have enacted statutes that allow for the unilateral withdrawal or withholding of life-sustaining treatment by health care providers when it is deemed medically inappropriate. For example, Virginia’s *Health Care Decisions Act*, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013), provides that physicians are not required to provide treatment which, in their opinion, is medically or ethically inappropriate. The *Uniform Health-Care Decisions Act*, 9 U.L.A. 83 (2011), adopted (at least in part) by Maine, New Mexico, Mississippi, and Delaware, provides that health care providers may refuse to comply with an advance directive that “requires medically ineffective health care or health care contrary to generally accepted health-care standards applicable to the health-care provider or institution” (§ 7(f)). Other states have struck more of a middle ground in their legislation. In Texas, the *Tex. Health & Safety Code Ann.* § 166.052 (Vernon 2012), creates a process for resolving disagreements between physicians and substitute decision-makers with respect to the withdrawal of life support.

un traitement de maintien de la vie ou le retrait de celui-ci². Bien qu’ils aient fait preuve de retenue à l’égard des désirs exprimés par le patient, les tribunaux américains ont refusé de trancher la question de savoir si le patient a le droit d’insister sur l’administration d’un traitement de maintien de la vie (*In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie*, No. PX-91-283 (Minn. Dist. Ct. (Prob. Ct. Div.) 1991), publié dans (1991), *7 Issues L. & Med.* 369), et sur celle de savoir si le consentement est obligatoire pour retirer un traitement de maintien de la vie qui n’a aucune utilité pour le patient (*In the Matter of Baby « K »*, 16 F.3d 590 (4th Cir. 1994)).

[185] Par conséquent, les tribunaux au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis ont hésité à exiger du médecin qu’il administre ou continue d’administrer un traitement de maintien de la vie jugé non conforme à la norme de diligence des professionnels de la santé. Comme le souligne Hilary Young (à la p. 63), ni les origines du consentement comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait, ni l’évolution récente de la doctrine du consentement éclairé en matière de négligence, ne donne droit à l’administration d’un traitement de maintien de la vie qui échappe à la norme de diligence.

2 Au moins 11 États, soit l’Arizona, l’Idaho, l’Indiana, le Kentucky, le Maryland, le Minnesota, le Dakota du Nord, l’Oregon, la Pennsylvanie, le Dakota du Sud et le Wisconsin, prévoient la possibilité de demander l’administration des traitements de maintien de la vie par voie de directive préalable. D’autres États ont cependant adopté des lois permettant aux fournisseurs de soins de santé de retirer unilatéralement un traitement de maintien de la vie ou de refuser d’administrer un tel traitement lorsqu’ils estiment que celui-ci est inapproprié sur le plan médical. Par exemple, selon la *Health Care Decisions Act*, Va. Code Ann. § 54.1-2990 (2013), de la Virginie, les médecins ne sont pas tenus d’administrer un traitement qu’ils estiment inapproprié sur le plan médical ou déontologique. Selon la *Uniform Health-Care Decisions Act*, 9 U.L.A. 83 (2011), adoptée (au moins en partie) par le Maine, le Nouveau-Mexique, le Mississippi et le Delaware, les fournisseurs de soins de santé peuvent refuser de se conformer à une directive préalable qui [TRADUCTION] « exige l’administration de soins de santé inefficaces sur le plan médical ou contraires aux normes généralement reconnues en matière de soins de santé applicables aux fournisseurs ou aux établissements de soins de santé » (§ 7f)). D’autres États encore ont choisi un compromis. Au Texas, la *Tex. Health & Safety Code Ann.* § 166.052 (Vernon 2012), prévoit un processus de règlement des différends entre les médecins et les mandataires spéciaux portant sur le retrait d’un traitement de maintien de la vie.

[186] In my view, even in end-of-life situations, there is no common law right to insist on medical treatment that the doctor and the institution consider medically futile, harmful, and outside professional standards. Consent is not required to withdraw life-sustaining treatment in such circumstances. Patients cannot force doctors to act in violation of the standard of care.

(b) *Doctor/Institutional Decisions Are Subject to Judicial Oversight*

[187] The second thread that runs through the jurisprudence is the court's supervisory role in adjudicating end-of-life decisions; such decisions are not entirely within the discretion of doctors (see, for example, *Sawatzky; Jin; Golubchuk; Rotaru*).

[188] Even in *Bland*, where the House of Lords held that at common law, doctors do not require consent to withdraw life support treatment, the court suggested that, at least for a time, it would be desirable that physicians receive court approval before ending life support treatments (p. 859, *per* Lord Keith of Kinkel).

[189] Typically, the courts have become engaged in end-of-life decision making when a patient's family has sought an injunction to stop the institution from withholding or withdrawing life-sustaining treatment. Most often, the analysis centres on the factual record and whether the treatment is futile or medically ineffective. In addition, courts have also looked broadly to the best interests of the patient.

[186] À mon avis, même dans des situations concernant la fin de vie, il n'existe aucun droit reconnu par la common law permettant d'insister sur l'administration d'un traitement médical que le médecin et l'établissement de soins de santé estiment inutile sur le plan médical, préjudiciable et contraire aux normes professionnelles. Le consentement n'est pas obligatoire pour retirer un traitement de maintien de la vie dans de pareilles circonstances. Les patients ne peuvent pas forcer les médecins à manquer à la norme de diligence.

b) *Les décisions des médecins et des établissements sont susceptibles de contrôle judiciaire*

[187] Le deuxième élément commun qui ressort de la jurisprudence porte sur le rôle de surveillance que joue le tribunal lorsqu'il est appelé à se prononcer au sujet de décisions concernant la fin de vie; ces décisions ne relèvent pas entièrement du pouvoir discrétionnaire des médecins (voir, p. ex., *Sawatzky; Jin; Golubchuk; Rotaru*).

[188] Même dans l'arrêt *Bland*, où elle concluait que, en common law, les médecins n'étaient pas obligés d'obtenir le consentement au retrait d'un traitement de maintien de la vie, la Chambre des lords a indiqué que, pour un certain temps du moins, il serait souhaitable que les médecins obtiennent l'autorisation du tribunal avant de mettre fin à un tel traitement (p. 859, lord Keith of Kinkel).

[189] En règle générale, les tribunaux ont été appelés à se prononcer au sujet de la prise de décisions concernant la fin de vie lorsque la famille du patient avait demandé une injonction pour empêcher l'établissement de santé de refuser d'administrer ou de retirer un traitement de maintien de la vie. Le plus souvent, l'analyse portait sur le dossier factuel et sur la question de savoir si le traitement était inutile ou inefficace sur le plan médical. De plus, les tribunaux se sont reportés de façon générale à l'intérêt véritable du patient.

(i) Decisions to Withdraw Life Support Must Be in Accordance With the Standard of Care

[190] In my view, Canadian courts should assess whether the decision to withdraw life support accords with the physician's standard of care and her fiduciary duty, as well as considerations of patient autonomy and human dignity. In any review, the doctor's medical diagnosis and view of the implications of continued treatment feature prominently. The wishes, values, and beliefs of the patient should be considered; however, they cannot be determinative. A doctor cannot be required to act contrary to her standard of care.

[191] The common law protects the interests of Canadians in the medical realm — whether doctor or patient — by requiring physicians to act (1) in accordance with the conduct of a prudent practitioner of the same experience and standing in her field, including a duty to obtain informed consent (*ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Reibl*, at pp. 899-900), and (2) in the best interests of their patients (*Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at pp. 270-72). Typically, decisions to provide or to withdraw treatment are made on the basis of medical benefit to the patient. This approach will likely satisfy the standard of care and advance the patient's best interests where the patient's medical condition is the primary concern.

(ii) Fiduciary Duties Play a Role in the Withdrawal of Life Support

[192] The fiduciary duty is a broad and evolving set of obligations inhering in some elements of the doctor-patient relationship. La Forest J. held in *McInerney*:

In characterizing the physician-patient relationship as “fiduciary”, I would not wish it to be thought that a fixed set of rules and principles apply in all circumstances

(i) La décision de retirer un traitement de maintien de la vie doit être conforme à la norme de diligence applicable

[190] À mon avis, les tribunaux canadiens devraient déterminer si la décision de retirer un traitement de maintien de la vie respecte la norme de diligence du médecin et son obligation fiduciaire ainsi que l'autonomie et la dignité humaine du patient. Le diagnostic médical et la perception des conséquences de la poursuite d'un traitement occupent le premier plan dans tout examen. Il faut tenir compte des désirs exprimés par le patient, de ses valeurs et de ses croyances, mais ces éléments ne peuvent être déterminants. On ne peut exiger du médecin qu'il agisse à l'encontre de la norme de diligence à laquelle il doit satisfaire.

[191] La common law protège les intérêts des Canadiens dans le domaine médical — qu'ils soient médecins ou patients — en exigeant du médecin qu'il agisse (1) comme le ferait un praticien de la santé prudent ayant la même expérience et réputation dans son domaine, notamment en se conformant à l'obligation d'obtenir un consentement éclairé (*ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Reibl*, p. 899-900), et (2) dans l'intérêt véritable de ses patients (*Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 270-272). En règle générale, la décision d'administrer ou de retirer un traitement repose sur l'effet bénéfique pour le patient. Cette approche répondra fort probablement à la norme de diligence et à l'intérêt véritable du patient lorsque l'état de santé de celui-ci est la principale préoccupation.

(ii) Les obligations fiduciaires ont un rôle à jouer dans le cas du retrait d'un traitement de maintien de la vie

[192] L'obligation fiduciaire comporte un vaste éventail de devoirs en constante évolution, inhérents, à certains égards, à la relation entre le médecin et son patient. Voici ce que le juge La Forest a déclaré dans *McInerney* :

En qualifiant de « fiduciaire » la relation entre le médecin et son patient, je ne voudrais pas qu'on s'imagine qu'un ensemble immuable de règles et de principes

or to all obligations arising out of the doctor-patient relationship. As I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. [p. 149]

[193] In other words, the fiduciary obligation is not a closed category; it maintains a flexibility to apply in a variety of situations and it is meant to be available if the relationship of trust required to ground the duty is present. Medical decisions in the end-of-life context are unique and challenging, and will give rise to obligations under the fiduciary duty that may not apply to other medical decisions. Given the early state of the jurisprudence in this domain, the exact contours of the obligation remain to be defined and explored in future cases.

[194] Generally, in many typical doctor-patient relationships, the fiduciary obligation and the standard of care will likely overlap or resemble one another. It seems to me, however, that in the end-of-life scenario where ongoing life support is futile, the foundation and ambit of a doctor's fiduciary duty would be a useful and appropriate conceptual paradigm to supplement the standard of care and address the broader best interests of the patient. In such difficult circumstances, in my view, the ambit and operation of the fiduciary and standard of care duties tend to diverge. As the Chief Justice observed in *Norberg*: "The foundation and ambit of the fiduciary obligation are conceptually distinct from the foundation and ambit of contract and tort. Sometimes the doctrines may overlap in their application, but that does not destroy their conceptual and functional uniqueness" (p. 272). The fiduciary may ensure that additional processes are undertaken to ensure that the patient's best interests are respected, while the standard of care requires that the correct medical decisions and operations are undertaken according to medical standards.

s'appliquent dans tous les cas ou à toutes les obligations découlant de cette relation. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. [p. 149]

[193] Autrement dit, l'obligation fiduciaire n'est pas immuable; elle est suffisamment souple pour s'adapter à diverses situations et elle est censée s'appliquer lorsque la relation de confiance nécessaire est bel et bien présente. Les décisions d'ordre médical concernant la fin de vie sont délicates et différentes les unes des autres; elles donnent aussi lieu à des devoirs imposés par l'obligation fiduciaire qui ne s'appliquent pas nécessairement aux autres décisions prises par les médecins. Compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, la portée exacte de cette obligation devra être précisée et étudiée dans des affaires ultérieures.

[194] En règle générale, dans le cadre de la relation typique entre le médecin et son patient, il est probable qu'il y ait chevauchement entre l'obligation fiduciaire et la norme de diligence ou qu'elles se ressemblent. Toutefois, il me semble que, dans des situations de fin de vie où l'administration continue d'un traitement de maintien de la vie est inutile, l'obligation fiduciaire du médecin, dans sa portée et son fondement, s'avérerait un modèle théorique utile et approprié permettant de compléter la norme de diligence et de traiter des intérêts véritables plus larges du patient. Dans des circonstances aussi difficiles, j'estime que l'obligation fiduciaire et la norme de diligence, dans leur fonctionnement et leur portée, ont tendance à diverger. Comme le faisait observer la Juge en chef dans *Norberg*, « [l']obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l'obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Elles peuvent parfois se chevaucher dans leur application, mais leurs fondements théoriques et leurs fonctions demeurent distincts » (p. 272). Le fiduciaire peut garantir que des processus supplémentaires sont entrepris pour assurer le respect des intérêts véritables du patient, tandis que la norme de diligence exige que les décisions et les mesures convenables sur le plan médical soient conformes aux normes médicales.

(iii) Factors in the Decision-Making Process

[195] As with all medical decisions, health care practitioners must consider the medical effectiveness of the course of action, which involves weighing the course of action's risks and benefits, as well as its implications for the condition and the well-being of the patient.

[196] The prospect of imminent death, however, elevates the significance of other interests, such as religious beliefs and personal values. Due to the important interests involved in life-sustaining treatment, factors such as maintaining respect for autonomy and human dignity are particularly vital in this balancing process. However, these considerations cannot prevail if a doctor considers the treatment to be outside the standard of care due to its futility or harmful effects.

[197] Artificial continuation of life will not always be in the best interests of the patient. While the sanctity of life is an important principle of our legal system, it is not absolute; it is subject to exceptions where notions of dignity must prevail (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 605, *per* Sopinka J.). Further, the suggestion that life is an absolute value is contrary to medical and scientific notions of treatment. The Law Reform Commission of Canada noted in "Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment", Working Paper 28 (1982), that

the guiding principle for medical decision-making is not life in itself as an absolute value, but the patient's overall welfare. In most instances, this welfare imposes the maintenance of life, but this is not always the case. It is not the case when the prolonging of life has become purely artificial. It is not the case when the maintenance of life can only be achieved by an undue prolongation of the patient's agony. It is not the case when the maintenance of life results only in the infliction of additional suffering. In other

(iii) Facteurs pertinents dans le processus décisionnel

[195] Comme pour toute décision médicale, les praticiens de la santé doivent prendre en compte l'efficacité sur le plan médical de la mesure prise, ce qui comprend l'évaluation de ses risques et de ses bénéfices, ainsi que ses conséquences sur l'état de santé et le bien-être du patient.

[196] L'imminence de la mort amplifie toutefois l'importance d'autres intérêts, telles les croyances religieuses et les valeurs personnelles. Compte tenu de l'importance des intérêts liés à un traitement de maintien de la vie, des facteurs comme le respect pour l'autonomie et la dignité humaine sont particulièrement importants dans le processus de mise en balance. Par contre, ces considérations ne peuvent pas prévaloir si le médecin estime que le traitement en question échappe à la norme de diligence en raison de son inutilité ou de ses effets préjudiciables.

[197] Le fait de prolonger artificiellement la vie ne sera pas toujours dans l'intérêt véritable du patient. Certes, le principe du caractère sacré de la vie joue un rôle important dans notre système de droit, mais il n'est pas absolu; ce principe fait l'objet d'exceptions dans les cas où la notion de dignité doit prévaloir (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 605, le juge Sopinka). En outre, l'idée que la vie est une valeur absolue va à l'encontre des notions médicale et scientifique de traitement. La Commission de réforme du droit du Canada a fait remarquer ce qui suit dans « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », Document de travail 28 (1982) :

. . . à la base de toute décision médicale le principe essentiel à respecter n'est pas la vie en tant que telle et en tant que valeur suprême, mais le bien du patient. Ce bien coïncide, il est vrai, la plupart du temps avec le maintien de la vie. Il n'en est pas cependant toujours ainsi. Il n'en est pas ainsi lorsque le prolongement de la vie est devenu purement artificiel. Il n'en est pas ainsi lorsque le maintien de la vie ne peut se faire que par une prolongation induite de l'agonie. Il n'en est pas ainsi

words, it is not the case when treatment is diverted from its proper end and merely prolongs the dying process rather than life itself. [p. 59]

[198] A physician's duties in the end-of-life context are informed by policy statements from the governing professional bodies, including in Ontario, the College of Physicians and Surgeons of Ontario ("CPO") (Policy Statement #1-06, "Decision-making for the End of Life" (July 2006) (online)). These guidelines allow a physician to withhold or withdraw life support against the wishes of a patient or substitute decision-maker under certain circumstances, if the patient will almost certainly not benefit from it, although the issue of benefit must take into account the patient's values (CPO Policy, at p. 5). Indeed, various policy statements of professional medical organizations adopt the position that physicians are not obliged to provide treatments that will almost certainly not benefit the patient, either because the patient's condition is such that recovery or improvement is virtually unprecedented or because the patient will be unable to experience any permanent benefit from the treatment (CPO Policy, at pp. 4-5).³

[199] The CPO Policy, however, also stipulates that patients have the "right to receive life-sustaining

lorsque le maintien de la vie passe par le fait d'infliger des souffrances supplémentaires. En d'autres termes, il n'en est pas ainsi lorsque le traitement est détourné de sa finalité propre et ne fait que prolonger le « mourir » plutôt que de prolonger la vie. [p. 67]

[198] Les obligations du médecin dans le contexte de fin de vie sont guidées par les énoncés de politique des ordres professionnels, dont, en Ontario, l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario (« OMCO ») (Énoncé de politique n° 1-06, « Decision-making for the End of Life » (juillet 2006) (en ligne)). Ces lignes directrices permettent au médecin, dans certaines circonstances, de refuser d'administrer ou de retirer un traitement de maintien de la vie contre le gré du patient ou de son mandataire spécial, s'il n'aura ou n'a presque certainement pas d'effet bénéfique, même s'il faut prendre en considération les valeurs du patient pour juger de l'effet bénéfique (politique de l'OMCO, p. 5). En fait, selon divers énoncés de politique des organisations professionnelles médicales, les médecins ne sont pas tenus d'administrer des traitements qui n'auront presque certainement pas d'effet bénéfique sur le patient, soit parce que l'état de santé du patient est tel que son rétablissement ou qu'une amélioration serait pratiquement sans précédent, soit que le patient ne sera pas en mesure d'éprouver un effet bénéfique permanent à la suite du traitement (Politique de l'OMCO, p. 4-5).³

[199] La politique de l'OMCO prévoit cependant aussi que les patients ont [TRADUCTION] « le droit

³ See also The College of Physicians & Surgeons of Manitoba, Statement No. 1602, "Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment" (2007) (online); Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association, and Catholic Health Association of Canada, "Joint Statement on Resuscitative Interventions (Update 1995)" (1995) (online); Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association, and Catholic Health Association of Canada, "Joint Statement on Preventing and Resolving Ethical Conflicts Involving Health Care Providers and Persons Receiving Care" (1999) (online); Manitoba Law Reform Commission, "Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment", Report #109 (2003) (online).

³ Voir aussi l'énoncé de politique n° 1602 du Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba, « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment » (2007) (en ligne); Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé, « Déclaration conjointe sur la réanimation (mise à jour 1995) » (1995) (en ligne); Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé, « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestataires de soins de santé et les personnes recevant les soins » (1999) (en ligne); le rapport de la Commission manitobaine de réforme du droit, « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Rapport n° 109 (2003) (en ligne).

treatments that may be of benefit to them and that take into account their goals, values and beliefs. When it is not clear whether treatment might be of benefit, the choice should be made on the side of providing life-sustaining treatment” (p. 5). The CPO Policy clearly indicates that, in end-of-life decisions, physicians are required to account for the “personal, cultural and religious values, goals, beliefs and practices” of their patients (p. 2).

[200] Moreover, the 1995 report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide states that life-sustaining treatment should not be withheld against a patient’s wishes unless it is “futile” (*Of Life and Death: Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide* (1995), at p. 45). “Futile treatment”, defined by the report, must be understood as “treatment that in the opinion of the health care team will be completely ineffective” (p. 15). See also E. I. Picard and G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4th ed. 2007), at pp. 345-46.

[201] While the common law does not permit personal autonomy to be the overriding consideration for the withdrawal of life support, it has long recognized the role of values, beliefs, and the dignity of human life, including dying with dignity (see *Rodriguez*, at pp. 585 and 605). This respect is reflected in the medical profession’s and institution’s policy statements. Thus, a doctor must consider these factors in determining the patient’s best interests, in accordance with her professional and fiduciary responsibilities. For example, a patient’s wishes may require that life support be withdrawn. Alternatively, as discussed previously, the wish to continue life support indefinitely may result in deferring a decision pending further discussions with the family, receipt of further medical opinions, or exploration of other available treatment facilities. However, if a doctor is ultimately satisfied that treatment is futile, she may discontinue treatment

de recevoir des traitements de maintien de la vie pouvant avoir un effet bénéfique pour eux, et qui tiennent compte de leurs objectifs, de leurs valeurs et de leurs croyances. Lorsque l’effet bénéfique d’un traitement n’est pas certain, le choix devrait favoriser l’administration d’un traitement de maintien de la vie » (p. 5). La politique de l’OMCO indique clairement que, dans le contexte des décisions concernant la fin de vie, les médecins sont tenus de prendre en considération « les valeurs personnelles, culturelles et religieuses ainsi que les objectifs, les croyances et les pratiques » de leurs patients (p. 2).

[200] En outre, selon le rapport de 1995 du Comité spécial du Sénat sur l’euthanasie et l’aide au suicide, il ne faut pas refuser d’administrer ou d’interrompre un traitement de survie contre le gré d’un patient à moins que le traitement ne soit « inutile » (*De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l’euthanasie et l’aide au suicide* (1995), p. 47). Selon le rapport, un « traitement inutile » s’entend d’un « [t]raitement qui, de l’avis de l’équipe soignante, sera entièrement inefficace » (p. 16). Voir également E. I. Picard et G. B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (4^e éd. 2007), p. 345-346.

[201] Si elle ne permet pas à l’autonomie personnelle d’être le facteur déterminant lorsqu’il s’agit de retirer un traitement de maintien de la vie, la common law reconnaît depuis longtemps le rôle des valeurs et des croyances ainsi que la dignité de la vie humaine, notamment le droit de mourir avec dignité (voir *Rodriguez*, p. 585 et 605). C’est ce qui ressort des énoncés de politique de la profession médicale et des établissements. Le médecin doit donc tenir compte de ces facteurs lorsqu’il décide de ce qui est dans l’intérêt véritable du patient, conformément à ses obligations professionnelles et fiduciaires. Par exemple, le patient peut exprimer le désir que le traitement de maintien de la vie soit retiré. Ou encore, comme nous l’avons vu antérieurement, le désir que le traitement soit administré pour une période indéfinie peut donner lieu au report d’une décision en attendant de mener des discussions supplémentaires avec la famille, de recevoir d’autres

notwithstanding the wishes of the patient or family, provided they have followed these consultative processes and considered the patient's best interests.

(iv) End-of-Life Decisions Must Follow a Fair, Inclusive, and Accommodating Process

[202] These broader considerations, reflected in the profession's policies, are framed by a doctor's fiduciary obligation — to act in the best interests of the patient. These obligations include broad duties to ensure the well-being of the patient, including the duty to consult the patient (or the patient's substitute decision-maker) in arriving at a decision regarding what constitutes the patient's best interests in the circumstances.

[203] In keeping with these duties, the various policy statements illustrate a process of giving notice, of seeking further medical opinions if requested, and of making efforts to transfer care to another institution willing to continue administering treatment. Indeed, in this case, each of these avenues was made available to the respondent's substitute decision-maker.

[204] Where a family member, or a substitute decision-maker, disagrees with the medical practitioner's decision to withdraw life support, she may apply to the court to challenge the physician's decision. That is what the substitute decision-maker did in this case.

III. Conclusion

[205] In this case, the application judge made no factual findings about the patient's condition and effectiveness of any treatment, and the patient's diagnosis has been subject to change. Accordingly, there are factual issues that remain to be determined and it is not within this Court's ability to do so.

avis médicaux ou d'envisager la possibilité de transférer les soins à un autre établissement médical. Cependant, s'il est convaincu en dernière analyse que le traitement est inutile, le médecin peut en arrêter l'administration malgré les désirs exprimés par le patient ou sa famille, pourvu qu'il ait suivi ces processus de consultation et tenu compte de l'intérêt véritable du patient.

(iv) Les décisions concernant la fin de vie doivent faire suite à un processus équitable, inclusif et conciliant

[202] Ces considérations d'ordre plus général, que traduisent les politiques professionnelles, sont circonscrites par l'obligation fiduciaire du médecin d'agir dans l'intérêt véritable du patient. Cette obligation comprend des devoirs étendus visant à garantir le bien-être du patient, notamment le devoir de consulter ce dernier (ou son mandataire spécial) lorsque le médecin doit décider de ce qui est dans l'intérêt véritable du patient dans les circonstances.

[203] Conformément à ces obligations, les divers énoncés de politique présentent un processus consistant à donner avis, à obtenir, sur demande, d'autres avis médicaux et à faire des efforts pour transférer les soins à un autre établissement disposé à continuer l'administration du traitement. En l'espèce, chacun de ces recours a été offert à la mandataire spéciale de l'intimé.

[204] Lorsqu'il est en désaccord avec la décision du praticien de la santé de retirer un traitement de maintien de la vie, un membre de la famille du patient ou le mandataire spécial peut contester cette décision, par voie de requête, devant le tribunal. C'est ce que la mandataire spéciale a fait dans la présente affaire.

III. Conclusion

[205] En l'espèce, la juge saisie de la demande n'a tiré aucune conclusion de fait sur l'état de santé du patient ou sur l'efficacité de quelque traitement que ce soit; de plus, le diagnostic du patient a été modifié. Il reste donc des questions de fait à trancher. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de le faire.

[206] I would allow the appeal and remit the matter to the Superior Court of Justice, rather than the Consent and Capacity Board, so that the application judge can determine whether to issue an injunction or declaration in accordance with these reasons and the facts as found on the application. In light of the public importance of the questions raised in this appeal, the parties should bear their own costs.

Appeal dismissed, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hodder Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Euthanasia Prevention Coalition: Scher Law Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Critical Care Society: Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Critical Care Nurses: Norton Rose Fulbright, Toronto.

Solicitors for the interveners the Advocacy Centre for the Elderly and the ARCH Disability Law Centre: ARCH Disability Law Centre, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Swadron Associates, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

[206] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice, plutôt qu'à la Commission du consentement et de la capacité, pour que la juge saisie de la demande puisse déterminer s'il y a lieu de prononcer une injonction ou de rendre un jugement déclaratoire conformément aux présents motifs et aux conclusions de faits tirées dans le cadre de la demande. Compte tenu de l'importance pour le public des questions que soulève le présent pourvoi, les parties devraient assumer leurs propres dépens.

Pourvoi rejeté, les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidentes.

Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Hodder Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Coalition pour la prévention de l'euthanasie : Scher Law Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de soins intensifs : Polley Faith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des infirmiers/infirmières en soins intensifs : Norton Rose Fulbright, Toronto.

Procureurs des intervenants Advocacy Centre for the Elderly et ARCH Disability Law Centre : ARCH Disability Law Centre, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Swadron Associates, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

R.L. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. R.L.

2013 SCC 54

File No.: 34871.

2013: October 18.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Application for extension of time — Appellant pleading guilty to 14 charges between 1996 and 2005 — Appellant found unfit to stand trial in 2011 for reason of intellectual disability — Appellant subsequently seeking to have convictions entered between 1996 and 2005 set aside — Majority of Court of Appeal dismissing application for extension of time to appeal convictions — Court of Appeal not erring in dismissing application for extension of time.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Rochette and Dalphond J.J.A.), 2012 QCCA 635, [2012] J.Q. n° 3071 (QL), SOQUIJ AZ-50845530, 2012 CarswellQue 3329. Appeal dismissed, Cromwell J. dissenting.

Christian Desrosiers and Lida Sara Nouraie, for the appellant.

Geneviève Dagenais and Christian Jarry, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] LEBEL J. — Speaking for a majority of the Court, I am of the opinion that the Court of Appeal

R.L. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. R.L.

2013 CSC 54

N° du greffe : 34871.

2013 : 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Requête en prorogation de délai — Appelant a plaidé coupable à 14 chefs d'accusation entre 1996 et 2005 — Appelant a été jugé inapte à subir un procès en 2011 en raison d'une déficience intellectuelle — Appelant cherche par la suite à faire casser les condamnations prononcées contre lui entre 1996 et 2005 — Juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent la requête en prorogation du délai pour en appeler des condamnations — La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en rejetant la requête en prorogation de délai.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Rochette et Dalphond), 2012 QCCA 635, [2012] J.Q. n° 3071 (QL), SOQUIJ AZ-50845530, 2012 CarswellQue 3329. Pourvoi rejeté, le juge Cromwell est dissident.

Christian Desrosiers et Lida Sara Nouraie, pour l'appelant.

Geneviève Dagenais et Christian Jarry, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — M'exprimant pour la majorité de la Cour, je suis d'avis que la Cour d'appel

of Quebec did not err when, for the reasons given by Chamberland J.A., it dismissed the appellant's application for an extension of time, and for those reasons, the appeal is dismissed.

[2] Justice Cromwell, dissenting, essentially for the reasons given by Dalphond J.A. in dissent in the Court of Appeal, would have allowed the appeal, granted the extension of time and returned the matter to the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

du Québec n'a pas commis d'erreur lorsque, pour les motifs exposés par le juge d'appel Chamberland, elle a rejeté la requête en prorogation de délai présentée par l'appelant, et, pour ces mêmes motifs, le pourvoi est rejeté.

[2] Le juge Cromwell est dissident. Essentiellement pour les motifs de dissidence formulés par le juge d'appel Dalphond, il aurait accueilli le pourvoi, accordé la prorogation de délai et renvoyé l'affaire à la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Michael John Cairney *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CAIRNEY

2013 SCC 55

File No.: 34848.

2013: April 26; 2013: October 25.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Self-induced provocation — Whether fact that accused induced act or words said to constitute provocation precludes defence of provocation from being left to jury — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

C shot and killed his long-time friend F. At the time, C was living with F and R, who was C's cousin and F's common law spouse. F had a history of physically abusing R. On the day in question, F was drinking, became angry with R and started to verbally abuse her. C overheard F tell R that if her back had not been sore, he would have thrown her across the kitchen. At F's request, C left the room. He retrieved a loaded shotgun. Disturbed by the argument that he was overhearing, C sat in another room, contemplating what to do. He decided to scare F to teach him a lesson and deter future aggression against R. He walked up to F, who was talking on the telephone and struck the phone with the muzzle of the shotgun. He then began to lecture F on his abuse of R. F reacted by saying, "What are you gonna do, shoot me? You don't have the guts to shoot me." F then started to leave the apartment. When C called out to F to "get back here", F said: "Fuck you, you goof. This is none of your business, I'll do with [R] whatever I want." F then walked out of the apartment. C followed him into the stairwell, where he shot F, killing him. C was charged with second degree murder and tried before a jury. He argued that he lacked

Michael John Cairney *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. CAIRNEY

2013 CSC 55

N° du greffe : 34848.

2013 : 26 avril; 2013 : 25 octobre.

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

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Provocation induite — Le fait que l'accusé a été à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il que la défense de provocation puisse être soumise à l'appréciation du jury? — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et conféraient-ils une vraisemblance au moyen de défense? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

C a abattu d'un coup de feu son ami de longue date, F. Il vivait alors chez ce dernier et R, sa cousine et conjointe de fait de F. F brutalisait R depuis longtemps. Le jour en question, F avait consommé de l'alcool, s'était mis en colère contre R et avait commencé à l'insulter. C l'avait entendu dire à R qu'il l'aurait projetée contre le mur de la cuisine si elle n'avait pas eu mal au dos. C était sorti de la pièce à la demande de F, puis avait récupéré un fusil de chasse chargé. Ébranlé par la dispute qu'il entendait, il s'était assis dans une autre pièce, se demandant quoi faire. Il avait décidé de faire peur à F pour lui donner une leçon et le dissuader de brutaliser R à l'avenir. Il s'était approché de F, qui était au téléphone, et avait fracassé l'appareil avec le canon de l'arme. Il avait ensuite commencé à le sermonner sur les sévices qu'il infligeait à R. F avait réagi en disant : « Qu'est-ce que tu vas faire, me tirer dessus? T'as pas le cran de tirer. » F avait ensuite entrepris de sortir de l'appartement. Lorsque C lui avait dit : « reviens ici », F avait répondu : « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec [R]. » F avait ensuite quitté l'appartement. C l'avait suivi jusqu'à l'escalier, où il l'avait abattu. Accusé de meurtre

the necessary intention to be guilty of murder, and in the alternative that he had been provoked by F's words to him. The trial judge, apparently concluding that there was some evidence to support all the elements of the defence of provocation, charged the jury on that defence. The jury acquitted C of second degree murder and convicted him of manslaughter. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

Held (Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: The trial judge erred in leaving the defence of provocation with the jury as there was no air of reality to the defence.

The air of reality test is intended to assess whether a properly instructed jury acting reasonably could have a reasonable doubt as to whether the subjective and objective elements of the defence of provocation are made out. The objective element of the defence of provocation asks whether there was some evidence upon which a jury could have a reasonable doubt that an ordinary person in C's circumstances — which include having initiated a confrontation at gunpoint — would be deprived of the power of self-control by F's insults. The history and background of the relationship between the victim and the accused is relevant and pertinent to the "ordinary person" test, as are all factors that would give the act or insult special significance to an ordinary person. However, that does not change the fact that a certain threshold level of self-control is always expected of the "ordinary person".

While the cases on self-induced provocation do not always distinguish between the objective and subjective elements of the defence, read generally they confirm that the accused's conduct may be relevant to both elements of the defence and that it must be considered with other contextual factors to determine whether there is an air of reality to the defence. Self-induced provocation is not a special category of the defence attracting special principles. Rather, it describes a particular application of the general principles that govern the defence of provocation. There is no absolute rule that a person who instigates a confrontation cannot rely on the defence of provocation. The fact that the victim's response to the accused's confrontational conduct fell within a range of reasonably predictable reactions may suggest that an

au deuxième degré, C a subi son procès devant jury. Il a soutenu ne pas avoir eu l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre et, subsidiairement, avoir été provoqué par les propos de F. La juge du procès ayant apparemment conclu à l'existence de quelque preuve de chacun des éléments constitutifs de la provocation, son exposé au jury a fait état du moyen de défense. Le jury a acquitté C de meurtre au deuxième degré et l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès.

Arrêt (les juges Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : La juge du procès a eu tort de soumettre la défense de provocation au jury car le moyen de défense n'avait aucune vraisemblance.

Le critère de la vraisemblance vise à déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait avoir un doute raisonnable quant à savoir si les éléments subjectif et objectif de la défense de provocation sont établis. L'élément objectif de la défense de provocation veut que l'on détermine si quelque élément de preuve aurait permis à un jury d'avoir un doute raisonnable que les insultes de F auraient privé une personne ordinaire, dans la situation de C — qui inclut le fait d'avoir déclenché un affrontement armé —, du pouvoir de se maîtriser. L'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé sont pertinents et utiles dans l'application du critère de la « personne ordinaire », comme toutes les données qui confèrent à l'action ou à l'insulte une importance particulière pour une personne ordinaire. Néanmoins, il demeure qu'une « personne ordinaire » respecte toujours un seuil minimal de maîtrise de soi.

Bien que les décisions sur la provocation induite ne distinguent pas toutes entre les éléments objectif et subjectif du moyen de défense, elles confirment généralement que la conduite de l'accusé peut importer pour les deux éléments et qu'il faut l'examiner de pair avec les autres données contextuelles pour décider de la vraisemblance du moyen de défense. La provocation induite ne correspond pas à une catégorie particulière du moyen de défense qui ferait intervenir des principes spéciaux. Elle commande plutôt une application particulière des principes généraux qui régissent la défense de provocation. Aucune règle absolue ne veut que la personne qui déclenche un affrontement ne puisse invoquer ce moyen de défense. Le fait que la réaction de la victime au comportement agressif de l'accusé fasse partie de celles

ordinary person would not have lost self-control, although it must be weighed together with all other relevant contextual factors. As in all cases where the defence is raised, whether it goes to the jury depends on whether the evidence provides an air of reality to it.

In this case, there was evidence sufficient to support the subjective element — that C in fact acted in response to the provocation before his passion had time to cool. However, there was no air of reality to the objective element of the defence. C argues that F's words constituted a threat of imminent domestic abuse sufficient to cause an ordinary person to lose self-control. However, F was no longer behaving aggressively towards R when C approached. His moment of anger against R had passed. The record simply does not support the contention that an ordinary person would have viewed the victim's words as a threat of imminent domestic violence against R, leading to a loss of self-control.

What is left is a concern on C's part to prevent future abuse against R and C's declared intention to achieve this by extracting a promise at gunpoint from F to stop abusing her. An ordinary person who seeks to extract a promise at gunpoint would not be surprised if the person confronted rebuffs the overture as did F here. There is nothing on the record to support the element of sudden shock required to cause an ordinary person to lose self-control. It follows that a properly instructed jury acting reasonably could not have had a reasonable doubt about whether F's conduct was sufficient to deprive an ordinary person of self-control.

Per Fish and Abella JJ. (dissenting): The trial judge must determine whether the evidence is reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence of provocation. In relation to the objective element, the judge must determine whether there is evidence that could raise a reasonable doubt about whether the accused was faced with a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of self-control. To determine how the "ordinary" person would react to a particular insult, it is necessary to take the relevant context and circumstances into account, including the history and background of any relationship between the victim and the accused. The assessment of the evidence relevant to the objective element should

qui sont raisonnablement prévisibles peut indiquer qu'une personne ordinaire n'aurait pas perdu son sang-froid, bien qu'il faille mettre ce fait en balance avec toutes les autres données contextuelles pertinentes. Comme chaque fois qu'elle est invoquée, la défense de provocation doit être vraisemblable au vu de la preuve pour être soumise au jury.

En l'espèce, une preuve permettait d'étayer l'élément subjectif, à savoir que C avait en fait réagi à la provocation avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Cependant, la provocation objective n'avait aucune vraisemblance. C prétend que les propos de F constituaient une menace de violence conjugale imminente qui aurait suffi à faire perdre la maîtrise de soi à une personne ordinaire. Or, F ne se comportait plus de manière agressive envers R lorsque C s'était approché de lui. Sa colère à l'endroit de R était retombée. Le dossier n'étaye tout simplement pas la prétention selon laquelle une personne ordinaire aurait vu dans les paroles de la victime une menace de violence conjugale imminente dirigée contre R et aurait de ce fait perdu sa maîtrise de soi.

Restent donc le souci de C de prévenir la perpétration ultérieure d'actes de violence à l'endroit de R et son intention déclarée d'y parvenir en arrachant à F, à la pointe du fusil, la promesse de ne plus agresser R. La personne ordinaire qui chercherait à arracher une promesse à la pointe du fusil ne serait pas étonnée de voir son interlocuteur repousser sa demande comme l'a fait F en l'espèce. Aucune preuve au dossier ne permet de conclure à un choc soudain de nature à faire perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire. Un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable n'aurait donc pu avoir de doute raisonnable quant à savoir si la conduite de F aurait suffi à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

Les juges Fish et Abella (dissidents) : Le juge du procès doit examiner si la preuve est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires à l'application de la défense de provocation. En ce qui a trait à l'élément objectif, il doit se demander si la preuve pourrait soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a été aux prises avec une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Pour déterminer comment une personne « ordinaire » réagirait à une insulte en particulier, il faut tenir compte des circonstances et du contexte en cause, notamment l'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé. Il ne faut pas compromettre l'appréciation de la preuve relative à l'élément

not be skewed by placing predominant emphasis on the aggressive conduct of the accused at the determinative expense of the whole context.

F's words and the reaction they would elicit from an ordinary person cannot be appreciated without considering the whole context, and, in particular, the history of the relationship between C and F. F and C were close friends. The only source of conflict between them was F's long history of domestic violence against R, C's cousin whom he thought of as his "little sister". F had been attacking R for over a decade. The assaults were frequent — often weekly. They were also severe. C knew all about the assaults since R had repeatedly taken refuge with C and his wife, and R was sometimes so badly injured that she was unable to go to work.

Removing the defence of provocation from the jury turns on the characterization that C initiated an "aggressive confrontation". On another view of these facts, however, F initiated the confrontation when he started verbally abusing and threatening C's cousin — acts that could, in light of F's history of relentless domestic abuse, readily and reasonably be interpreted as a prelude to another brutal assault. A jury might well conclude that the objective element of provocation was met based on a credible threat that F would again abuse C's cousin, R.

While F's dismissive *attitude* towards C might have been predictable, a jury could infer from the full context of this case that an ordinary person would not predict F's response that he would keep beating R if he felt like it. The objective element of the defence of provocation should be informed by contemporary norms, including *Charter* values. These do *not* include aggressively proprietary attitudes about a spouse. It is therefore troubling to conclude, as the majority does, that it was "predictable" for F to react to C's warning by confirming his intention to continue inflicting domestic violence. It is difficult to accept that an expressed intention to continue assaulting a spouse could ever be considered "predictable".

The trial judge's decision to leave the provocation defence with the jury was therefore proper.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; **referred to:** *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R.

objectif en mettant l'accent sur le comportement agressif de l'accusé au détriment du contexte dans son entier.

Il est impossible de juger des propos de F et de la réaction qu'ils susciteraient chez une personne ordinaire sans tenir compte du contexte global et, en particulier, des rapports antérieurs entre C et F, qui étaient des amis proches. Le seul sujet de discorde entre eux était la longue histoire de violence conjugale de F vis-à-vis de R, la cousine de C, qu'il considérait comme sa « petite sœur ». F brutalisait R depuis plus de 10 ans. Les agressions avaient lieu fréquemment, souvent chaque semaine. Aussi, elles étaient graves. C était bien au fait de la situation, car R avait maintes fois trouvé refuge chez son épouse et lui. R présentait parfois des contusions dont la gravité l'empêchait d'aller travailler.

Soustraire la défense de provocation à l'examen du jury revient à conclure que C a déclenché un « affrontement violent ». Or, un autre point de vue veut que F ait déclenché l'affrontement en se mettant à insulter et à menacer la cousine de C, ce qui, au vu de la violence conjugale à laquelle F s'était inlassablement livré jusqu'alors, pouvait raisonnablement être considéré d'emblée comme le prélude d'une nouvelle agression brutale. Un jury pourrait fort bien conclure à l'existence du volet objectif de la provocation étant donné le sérieux de la menace proférée par F à l'effet de brutaliser à nouveau R, la cousine de C.

L'*attitude* méprisante de F à l'endroit de C était peut-être prévisible, mais un jury pourrait inférer du contexte global qu'une personne ordinaire n'aurait pas prévu que la réaction de F soit d'affirmer qu'il continuerait de battre R à son gré. L'élément objectif de la défense de provocation doit être défini en fonction des normes contemporaines, ce qui englobe les valeurs de la *Charte*, mais *non* des attitudes violemment possessives à l'égard d'un conjoint. Il est donc troublant de conclure, comme le font les juges majoritaires, qu'il était « prévisible » que F réagisse à la mise en garde de C en confirmant son intention de commettre d'autres actes de violence conjugale. Il est difficile de voir une réaction « prévisible » dans l'intention exprimée de continuer à agresser un conjoint.

La juge du procès a donc eu raison de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cinous*, 2002 CSC

3; *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Pappas*, 2013 SCC 56, [2013] 3 S.C.R. 452; *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *Edwards v. The Queen*, [1973] A.C. 648; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *R. v. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266, aff'd [1979] 1 S.C.R. 100; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *R. v. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Cinous, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 229.

Authors Cited

Ashworth, A. J. "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", [1973] *Crim. L.R.* 483.
Ashworth, A. J. "The Doctrine of Provocation" (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: Clarke, 1809 (first published 1644).
Coss, Graeme. "'God is a righteous judge, strong and patient: and God is provoked every day'. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England" (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570.
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L'imputabilité*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2008.
Renke, Wayne N. "Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and O'Brien JJ.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2011 ABCA 272, 513 A.R. 345, 89 C.R. (6th) 207, 277 C.C.C. (3d) 200, 52 *Alta. L.R.* (5th)

29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, [2013] 3 R.C.S. 452; *R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *Edwards c. The Queen*, [1973] A.C. 648; *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *R. c. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266, conf. par [1979] 1 R.C.S. 100; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *R. c. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Cinous, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 229.

Doctrine et autres documents cités

Ashworth, A. J. « Self-Induced Provocation and the Homicide Act », [1973] *Crim. L.R.* 483.
Ashworth, A. J. « The Doctrine of Provocation » (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London : Clarke, 1809 (first published 1644).
Coss, Graeme. « "God is a righteous judge, strong and patient : and God is provoked every day". A Brief History of the Doctrine of Provocation in England » (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570.
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L'imputabilité*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 2008.
Renke, Wayne N. « Calm Like a Bomb : An Assessment of the Partial Defence of Provocation » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté et O'Brien et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2011 ABCA 272, 513 A.R. 345, 89 C.R. (6th) 207, 277 C.C.C. (3d) 200, 52 *Alta.*

357, 530 W.A.C. 345, [2011] A.J. No. 1039 (QL), 2011 CarswellAlta 1666, setting aside the accused's acquittal on a charge of second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Fish and Abella JJ. dissenting.

Dino Bottos and Dane Bullerwell, for the appellant.

Susan D. Hughson, Q.C., and *Keith Joyce*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Background

[1] The law has long recognized that murder may be reduced to manslaughter if the deceased provoked the attack by a wrongful act or insult, causing the accused to act in the heat of passion. This is called the partial defence of provocation.

[2] But what happens if the act of provocation by the deceased was in response to an aggressive confrontation initiated by the accused? That is the problem at the heart of this case — sometimes referred to as the problem of self-induced provocation.

A. *The Facts*

[3] The accused, Michael John Cairney, shot and killed his long-time friend Stephen Ferguson. At the time, Cairney was living with Ferguson and Frances Rosenthal, who was Cairney's cousin and the common law spouse of Ferguson. Ferguson had a history of drinking and physically abusing Rosenthal.

[4] On the day in question, Ferguson, who had been drinking, became angry with Rosenthal because she had put a roast in the oven that he wanted to cook himself. Ferguson started to verbally

L.R. (5th) 357, 530 W.A.C. 345, [2011] A.J. No. 1039 (QL), 2011 CarswellAlta 1666, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé de l'accusation de meurtre au deuxième degré et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Fish et Abella sont dissidents.

Dino Bottos et Dane Bullerwell, pour l'appelant.

Susan D. Hughson, c.r., et *Keith Joyce*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Contexte factuel

[1] Il est depuis longtemps établi en droit qu'un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable lorsqu'une action injuste ou une insulte Àde la part du défunt a provoqué l'agression et poussé l'accusé à agir dans un accès de colère. C'est ce qu'on appelle la défense partielle de provocation.

[2] Mais qu'advient-il lorsque la provocation du défunt a découlé d'un affrontement violent déclenché par l'accusé? Telle est la question que soulève le pourvoi et que l'on dit parfois être celle de la provocation induite.

A. *Les faits*

[3] L'accusé, Michael John Cairney, a abattu d'un coup de feu son ami de longue date, Stephen Ferguson. Il vivait alors chez ce dernier et M^{me} Frances Rosenthal, qui était sa cousine et la conjointe de fait de son ami. M. Ferguson consommait de l'alcool et brutalisait M^{me} Rosenthal depuis longtemps.

[4] Le jour en question, M. Ferguson, qui avait consommé de l'alcool, s'est mis en colère contre M^{me} Rosenthal parce qu'elle avait mis au four un rôti qu'il comptait cuisiner lui-même. Il a commencé

abuse Rosenthal. Cairney overheard Ferguson tell Rosenthal that if her back had not been sore, he would have thrown her across the kitchen.

[5] At Ferguson's insistence and Rosenthal's request, Cairney left the room. He retrieved a loaded shotgun from a duffle bag in the closet. Disturbed by the argument that he was overhearing, he sat in the bathroom for five to ten minutes, contemplating what to do. He decided to scare Ferguson using the shotgun in order to teach him a lesson and deter future aggression against Rosenthal. He walked up to Ferguson, who was having a conversation on the telephone, and smashed the phone with the muzzle of the shotgun. He then began to lecture Ferguson on his abuse of Rosenthal.

[6] Ferguson reacted by saying, "What are you gonna do, shoot me? You don't have the guts to shoot me." He then started to leave the apartment. Cairney called out to Ferguson, "Get back here, I want to talk to you." At this point, Ferguson said the words relied on by the defence as provocation, "Fuck you, you goof. This is none of your business, I'll do with Fran whatever I want": A.R., vol. II, at p. 384. He then walked out of the apartment. Cairney followed him out of the apartment and to the stairwell. He shot Ferguson in the stairwell, killing him.

B. *The Trial*

[7] Cairney was charged with second degree murder and tried before a jury. He argued that he lacked the necessary intention to be guilty of murder, and in the alternative that he had been provoked by Ferguson's words to him.

[8] The Crown objected to the defence of provocation going to the jury, maintaining that the defence had no air of reality in the circumstances. After several exchanges with counsel, the trial judge inquired:

And so the issue for me is whether there's some evidence on each of the four questions, the four components of

à l'insulter. M. Cairney a entendu M. Ferguson dire à M^{me} Rosenthal qu'il l'aurait projetée contre le mur de la cuisine si elle n'avait pas déjà mal au dos.

[5] M. Cairney a quitté la pièce à la demande de M. Ferguson et de M^{me} Rosenthal. Il avait sorti un fusil de chasse chargé d'un sac de sport rangé dans un placard. Ébranlé par la dispute qu'il entendait, M. Cairney est resté assis de cinq à dix minutes dans la salle de bain à se demander quoi faire. Il a décidé de se servir de l'arme pour faire peur à M. Ferguson, lui donner une leçon et le dissuader de brutaliser à nouveau M^{me} Rosenthal. Il s'était approché de M. Ferguson, qui était au téléphone, et a fracassé l'appareil avec le canon de l'arme. Il a ensuite commencé à sermonner M. Ferguson sur les sévices qu'il infligeait à M^{me} Rosenthal.

[6] M. Ferguson a réagi en disant : [TRADUCTION] « Qu'est-ce que tu vas faire, me tirer dessus? T'as pas le cran de tirer. » Il a ensuite entrepris de sortir de l'appartement. M. Cairney a alors dit : « Reviens ici, je veux te parler. » C'est alors que M. Ferguson a tenu les propos assimilés par la défense à de la provocation : « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec Fran » (d.a., vol. II, p. 384). Il a ensuite quitté l'appartement. M. Cairney l'a suivi jusqu'à l'escalier, où il l'a abattu.

B. *Le procès*

[7] Accusé de meurtre au deuxième degré, M. Cairney a subi son procès devant jury. Il a soutenu ne pas avoir eu l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre et, subsidiairement, avoir été provoqué par les propos de M. Ferguson.

[8] Le ministère public s'est opposé à ce que la défense de provocation soit soumise à l'appréciation du jury au motif qu'elle n'était pas vraisemblable dans les circonstances. Après plusieurs échanges avec les avocats, la juge a demandé :

[TRADUCTION] Je dois donc déterminer s'il existe quelque preuve pour chacune des quatre questions, soit les quatre

provocation. And I can't weigh that evidence. I just have to — if there is any evidence, then the issue has to be left to the jury. [A.R., vol. I, at p. 129]

[9] The trial judge then held that since there was no evidence that Cairney had set Ferguson up deliberately to be able to advance a provocation defence, she would leave the defence to the jury:

There's nothing in the evidence to suggest that Mr. Cairney planned in advance to murder Mr. Ferguson and to set him up so that he would be in a position to advance a provocation defence to turn murder into manslaughter; therefore, I will allow provocation to go to the jury. [A.R., vol. I, at p. 151]

[10] The trial judge, apparently concluding that there was some evidence to support all the elements of the defence of provocation, charged the jury on that defence. The jury acquitted Cairney of second degree murder and convicted him of manslaughter.

C. *The Court of Appeal*

[11] The Crown appealed the acquittal on second degree murder, arguing, among other things, that there was no air of reality to the defence of provocation. The Alberta Court of Appeal agreed and ordered a new trial: 2011 ABCA 272, 513 A.R. 345.

[12] The Court of Appeal reviewed the test for provocation, which consists of an objective element (that the act or insult was of a nature to deprive an ordinary person of self-control) and of a subjective element (that it actually deprived the accused of self-control), and concluded that the objective element was not met. Ferguson's dismissive behaviour and insulting remarks were not enough to provoke a loss of control in an ordinary person:

Measured by an objective standard, and with concerns for the encouragement of reasonable and non-violent behaviour, we are satisfied that the victim's oral retorts to Cairney's threats of violence were not of sufficient gravity to cause a loss of control. Having initiated the unlawful confrontation which led to Ferguson's retorts,

éléments de la provocation. Et je ne peux soupeser cette preuve. Je dois seulement — s'il y a une preuve, je dois soumettre la question au jury. [d.a., vol. I, p. 129]

[9] Rien n'indiquant que M. Cairney avait délibérément piégé M. Ferguson afin de pouvoir invoquer la provocation, la juge du procès a ensuite décidé de soumettre la défense au jury :

[TRADUCTION] Il n'appert nullement de la preuve que M. Cairney avait résolu à l'avance d'assassiner M. Ferguson et de le piéger afin de pouvoir invoquer la provocation pour réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable; je permettrai donc que la défense de provocation soit soumise au jury. [d.a., vol. I, p. 151]

[10] La juge ayant apparemment conclu à l'existence de quelque preuve de chacun des éléments constitutifs de la provocation, son exposé au jury a fait état du moyen de défense. Le jury a acquitté M. Cairney de meurtre au deuxième degré et l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable.

C. *La Cour d'appel*

[11] Le ministère public a interjeté appel du verdict d'acquittal de meurtre au deuxième degré et a fait notamment valoir que la provocation n'était pas vraisemblable. La Cour d'appel de l'Alberta lui a donné raison et a ordonné un nouveau procès (2011 ABCA 272, 513 A.R. 345).

[12] La Cour d'appel examine le critère applicable en matière de provocation, à savoir l'existence d'un élément objectif (l'action ou l'insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser) et d'un élément subjectif (cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé du pouvoir de se maîtriser), et elle conclut que l'exigence d'une provocation objective n'est pas remplie. Le comportement méprisant de M. Ferguson et ses remarques offensantes ne suffisaient pas pour faire perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire :

[TRADUCTION] Par application d'une norme objective et afin d'encourager des comportements raisonnables et non violents, nous sommes convaincus que la réplique de la victime aux menaces de M. Cairney de recourir à la violence n'était pas suffisamment grave pour faire perdre la maîtrise de soi. Après avoir déclenché l'affrontement

Cairney ought reasonably to have understood that his conduct would elicit such a reaction on the victim's part. Cairney had no reason to anticipate docile acquiescence from Ferguson in the circumstances. The reaction was foreseeable and, in any event, not of sufficient gravity to provoke a murderous response. [para. 45]

[13] The Court of Appeal also found that the subjective element was not satisfied. Cairney had not acted "suddenly": para. 47. He may have been angry that Ferguson had dismissed him so casually, but the ensuing act of shooting Ferguson in the stairwell was not committed in the heat of uncontrollable passion, in its view.

[14] Since neither element was met, the trial judge erred in leaving the defence of provocation to the jury. The Court of Appeal acknowledged the trial judge's conclusion that the defence of provocation was only one of the routes by which the jury could have reduced murder to manslaughter; it could also have done so because it did not find intent to kill. It was impossible to know what factors entered into the mind of each of the jurors. It followed that the instruction with respect to provocation may reasonably be viewed as having a material bearing on the deliberations of the jurors and the jury's verdict, and a new trial should be ordered.

D. Legislation

[15] Section 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

illégal qui a entraîné la riposte de M. Ferguson, M. Cairney aurait dû savoir que ses actes produiraient une telle réaction chez la victime. Il n'y avait pas lieu de croire que M. Ferguson se soumettrait sagement à sa volonté. La réaction de ce dernier était prévisible et, en tout état de cause, elle n'était pas grave au point de provoquer une réponse meurtrière. [par. 45]

[13] La Cour d'appel estime que l'élément subjectif n'est pas non plus établi. M. Cairney n'a pas agi « soudainement » (par. 47). Il a pu être en colère parce que M. Ferguson ne l'a pas pris au sérieux, mais l'acte qui a consisté à abattre M. Ferguson dans l'escalier n'a pas été commis dans un accès de colère irrépressible.

[14] Ni l'un ni l'autre des éléments n'ayant été établi, la juge du procès a eu tort de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. La Cour d'appel prend acte de la conclusion de la juge du procès selon laquelle la défense de provocation n'était qu'une des avenues grâce auxquelles le jury pouvait réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable; il aurait aussi pu le faire en concluant à l'inexistence de l'intention de tuer. Il est impossible de savoir ce qui a motivé la décision de chacun des jurés. Il est donc raisonnable de considérer que la directive sur la provocation a eu une incidence certaine sur les délibérations du jury et sur son verdict, de sorte qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

D. Dispositions législatives

[15] L'article 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 prévoit :

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

II. Discussion

[16] The appellant says that the defence of provocation had an air of reality on the evidence and that the trial judge correctly left it to the jury. The Court of Appeal wrongly interfered with the jury's acquittal on murder, he asserts.

[17] While the arguments are variously stated, the case presents one basic issue: What is required to give an air of reality to the defence of provocation where the provocative conduct of the deceased came about as a result of the accused initiating an aggressive confrontation?

[18] This in turn raises two questions. First, when must the defence be submitted to the jury? This is the threshold air of reality question. Second, does the fact that the accused induced the act or words said to constitute provocation preclude the defence from being raised successfully?

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

II. Analyse

[16] L'appelant affirme que la provocation alléguée était vraisemblable au vu de la preuve et que la juge du procès a eu raison de la soumettre au jury. Il ajoute que la Cour d'appel a eu tort d'infirmer le verdict d'acquiescement de meurtre prononcé par le jury.

[17] Bien que les thèses soient formulées différemment, le présent litige se ramène à une seule question fondamentale : à quelles conditions la provocation est-elle vraisemblable lorsque l'acte provocateur du défunt découle d'un affrontement violent déclenché par l'accusé?

[18] La question en appelle deux autres. Premièrement, à quelles conditions faut-il soumettre la défense au jury? Il s'agit du critère préliminaire de la vraisemblance. Deuxièmement, le fait que l'accusé est à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il de faire droit au moyen de défense?

A. *When Must the Defence Be Submitted to the Jury — The “Air of Reality” Question*

[19] The trial judge appears to have acted on the view that, provided there was *any* evidence supporting the elements of the defence of provocation, she was required to leave the defence to the jury.

[20] The Court of Appeal, by contrast, conducted a detailed examination of the evidence that went into the merits of the defence.

[21] Neither of these approaches is strictly correct. “[T]he air of reality test [is not] intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day”: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 54, quoted by Fish J. in *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248, at para. 16. The question is whether a properly instructed jury acting reasonably could have a reasonable doubt as to whether the elements of the defence of provocation are made out: *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 41; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21. The trial judge may engage in a limited weighing of the totality of the evidence to determine if a jury acting reasonably on that evidence could draw the inferences necessary to have a reasonable doubt as to whether the accused is guilty of murder, on the basis of the defence of provocation; see the companion case *R. v. Pappas*, 2013 SCC 56, [2013] 3 S.C.R. 452. This Court, *per* Abella J., described the appropriate approach to the air of reality test in *Mayuran*:

In determining whether a defence has an air of reality, there must be an examination into the sufficiency of the evidence. It is not enough for there to be “some evidence” supporting the defence (*Cinous*, at para. 83). The test is “whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 65). For defences that rely on indirect evidence or defences like provocation that include an objective reasonableness

A. *À quelles conditions la défense doit-elle être soumise au jury? — La notion de « vraisemblance »*

[19] La juge du procès semble supposer que s’il existe *quelque* preuve des éléments de la provocation, elle doit soumettre le moyen de défense au jury.

[20] À l’opposé, la Cour d’appel examine minutieusement la preuve et se prononce ainsi au fond sur l’application du moyen de défense.

[21] Aucune des démarches n’est à strictement parler la bonne. « Le critère de la vraisemblance ne vise pas [. . .] à déterminer s’il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 54, cité par le juge Fish dans *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16). Il s’agit de savoir si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait avoir un doute raisonnable quant à savoir si les éléments de la défense de provocation sont établis (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 41; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, par. 21). Le juge du procès peut se livrer à une évaluation limitée de l’ensemble de la preuve pour déterminer si un jury agissant raisonnablement au vu de la preuve pourrait tirer les conclusions nécessaires à un doute raisonnable, fondé sur la défense de provocation, quant à savoir si l’accusé est coupable de meurtre (voir l’arrêt connexe *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, [2013] 3 R.C.S. 452). Dans *Mayuran*, notre Cour, sous la plume de la juge Abella, formule comme suit la démarche que commande le critère de la vraisemblance :

Pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable, il faut se demander si la preuve est suffisante. Il ne suffit pas qu’il existe « une preuve » étayant le moyen de défense (*Cinous*, par. 83). Il faut se demander « s’il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 65). S’agissant de moyens de défense qui se fondent sur une preuve indirecte ou

component, the trial judge must examine the “field of factual inferences” that can reasonably be drawn from the evidence (*Cinous*, at para. 91). [para. 21]

[22] If this air of reality test is met, the judge should leave the defence to the jury. While judges must ensure that there is an evidential foundation for the defence, they should resolve any doubts as to whether the air of reality threshold is met in favour of leaving the defence to the jury.

[23] This appeal turns on the application of the air of reality test to the objective element of the defence of provocation. As will be discussed further below, one of the requirements of the defence is that an ordinary person placed in the circumstances of the accused would have been deprived of self-control. Thus, the question is whether there was some evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have a reasonable doubt that an ordinary person in Cairney’s circumstances — which include *having initiated a confrontation at gunpoint* — would be deprived of the power of self-control by Ferguson’s insults.

B. *The Elements of the Defence of Provocation*

(1) Historical Development of the Defence

[24] At common law, as under s. 232 of the *Criminal Code*, the defence of provocation consists of two elements — one subjective and one objective.

[25] Historically, the first requirement was that the accused have lost self-control as a result of the act or acts of the deceased. This was called the subjective element; the issue was simply whether the accused in fact (i.e. subjectively) lost his self-control as a result of the deceased’s acts.

[26] The second requirement, which emerged progressively as a means of limiting the availability of the defence, was that the provoking act be capable of depriving a reasonable man (or ordinary person) of his self-control. This was called the objective element.

de moyens — telle la provocation — qui ont une composante objective de raisonabilité, le juge du procès doit examiner les « inférences de fait » qui peuvent raisonnablement être tirées au vu de la preuve (*Cinous*, par. 91). [par. 21]

[22] Lorsque la défense est vraisemblable, le juge doit laisser au jury le soin de l’examiner. Il doit s’assurer qu’elle a un fondement probant, mais s’il a un doute sur le respect du critère de la vraisemblance, il doit trancher ce doute en faveur de la présentation du moyen de défense au jury.

[23] L’issue du pourvoi tient à la vraisemblance de l’élément objectif de la provocation. Comme nous le verrons plus loin, l’une des exigences du moyen de défense veut que, dans la situation de l’accusé, une personne ordinaire eût été privée du pouvoir de se maîtriser. Il s’agit donc de savoir si quelque élément de preuve aurait permis à un jury agissant de manière raisonnable et ayant reçu des directives appropriées d’avoir un doute raisonnable que les insultes de M. Ferguson auraient privé une personne ordinaire, dans la situation de M. Cairney — qui inclut le fait *d’avoir déclenché un affrontement armé* —, du pouvoir de se maîtriser.

B. *Les éléments de la défense de provocation*

(1) Évolution historique du moyen de défense

[24] En common law, comme sous le régime de l’art. 232 du *Code criminel*, la défense de provocation comporte deux éléments, l’un subjectif, l’autre objectif.

[25] À l’origine, il suffisait que l’accusé ait perdu la maîtrise de soi à cause des actes du défunt. Il s’agissait de l’élément subjectif, la question étant alors seulement de savoir si l’accusé avait en fait (c’est-à-dire subjectivement) perdu la maîtrise de soi par suite des actes de la victime.

[26] Puis, graduellement, afin de circonscrire l’ouverture du moyen de défense, on a exigé que l’acte de provocation soit susceptible de priver une personne raisonnable (ou ordinaire) du pouvoir de se maîtriser. L’élément objectif était né.

[27] In the early cases, it was enough to establish the subjective element. The defence originated in the 16th century concept of “chance-medley” killings. These killings occurred “by chance (without premeditation) upon a sudden brawl, shuffling, or contention”: E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1809, first published in 1644), at p. 57; G. Coss, “‘God is a righteous judge, strong and patient: and God is provoked every day’. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England” (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570, at pp. 573-74. They were not premeditated and occurred in the heat of passion. They thus carried a lower degree of moral culpability than premeditated, cold-blooded killings: *Tran*, at para. 13.

[28] However, the common law soon developed a means of restraining the situations in which the defence was available. This historical development was described in *Tran*:

. . . the courts set out to create greater certainty by establishing specific categories of “provocative events” that were considered “significant” enough to result in a loss of self-control. In the seminal case, *R. v. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, Lord Holt C.J. set out four categories of provocation. [para. 15]

The use of limited categories in which the defence was available reflected the belief that “people *ought not* to yield to certain types of provocation, and that if they did the law should offer no concession to them”: A. J. Ashworth, “The Doctrine of Provocation” (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292, at p. 295 (emphasis in original).

[29] The use of categories as a means of limiting the availability of the defence eventually gave way to a formal standard — individuals raising the defence were held to the standard of self-control expected to be exercised by the “reasonable man”: *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Tran*, at para. 16.

[27] Selon les premières décisions judiciaires, il suffisait d’établir l’élément subjectif. Le moyen de défense était issu de la notion, datant du 16^e siècle, d’homicide lors d’une « mêlée imprévue » (*chance-medley*), un homicide commis [TRADUCTION] « accidentellement (sans préméditation) à la suite d’une rixe, bagarre ou dispute soudaine » (E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1809, publié d’abord en 1644), p. 57; G. Coss, « “God is a righteous judge, strong and patient : and God is provoked every day”. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England » (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570, p. 573-574). L’homicide n’était pas prémédité et survenait dans un accès de colère. On y associait donc un degré de culpabilité morale moindre qu’à celui commis délibérément, de sang-froid (*Tran*, par. 13).

[28] Or, la common law a tôt fait de circonscrire les cas dans lesquels le moyen de défense pouvait être invoqué, ce dont notre Cour fait état comme suit dans *Tran* :

. . . les tribunaux se sont employés à accroître la certitude en la matière en créant des catégories précises de « faits provocateurs » jugés suffisamment « importants » pour entraîner la perte de la maîtrise de soi. Dans l’arrêt de principe *R. c. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, le lord juge en chef Holt établit quatre catégories de provocation . . . [par. 15]

L’application d’un nombre restreint de catégories de faits qui permettaient d’invoquer la défense avait pour prémisses que [TRADUCTION] « les gens *ne devaient pas céder* à certaines provocations et que, s’ils y cédaient, ils devaient subir toute la rigueur de la loi » (A. J. Ashworth, « The Doctrine of Provocation » (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292, p. 295 (en italique dans l’original)).

[29] Avec le temps, les catégories créées pour circonscrire l’accès au moyen de défense ont cédé le pas à une norme formelle, de sorte que celui qui invoquait la provocation devait respecter la norme de la maîtrise de soi dont était censé faire preuve un « homme raisonnable » (*R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Tran*, par. 16).

[30] In addition, the common law precluded the defence from being raised successfully in cases where the accused had intentionally sought a provocative act in order to manufacture a pretense for killing: *Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; A. J. Ashworth, "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", [1973] *Crim. L.R.* 483, at pp. 484-85. For example, in *Mason's Case*, the accused lost a fight to his victim in a tavern. He thereafter returned, wearing a concealed knife, and again challenged his victim to a fight. The victim attempted to hit the accused, who pulled out his concealed knife. The court held that the accused was not truly provoked by the victim's blows, but rather had sought out the provocation in order to have a pretense to commit a murder.

[31] In Canada, these common law approaches to restricting the availability of the defence were both incorporated in the codification of the defence of provocation: *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 229. They survive to this day. Section 232(2) of the *Criminal Code* contains the common law's objective requirement: only a wrongful act or an insult that is "of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control" can constitute provocation. Section 232(3) precludes "manufactured" provocation from grounding the defence, by providing that "no one shall be deemed to have given provocation to another . . . by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being".

(2) The Modern Defence of Provocation

[32] The elements of the defence of provocation were described by this Court in *Tran*.

[33] First, there is a two-fold objective element: ". . . (1) there must be a wrongful act or insult; and (2) the wrongful act or insult must be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control": *Tran*, at para. 25.

[30] De plus, la common law a refusé de faire bénéficier du moyen de défense l'accusé qui avait délibérément recherché la provocation afin de disposer d'un prétexte pour assassiner autrui (*Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; A. J. Ashworth, « Self-Induced Provocation and the Homicide Act », [1973] *Crim. L.R.* 483, p. 484-485). Par exemple, dans l'affaire *Mason*, après avoir été vaincu par sa victime lors d'une bagarre dans une taverne, l'accusé était retourné sur les lieux, un couteau dissimulé sur lui, et il avait de nouveau invité la victime à se battre. Celle-ci avait tenté de frapper l'accusé, lequel avait alors sorti son couteau. La cour a statué que l'accusé n'avait pas vraiment été provoqué par les coups de la victime, mais qu'il avait plutôt recherché la provocation afin de disposer d'un prétexte pour assassiner autrui.

[31] Au Canada, ces mesures propres à la common law pour circonscrire l'ouverture du moyen de défense ont été intégrées à la codification de la défense de provocation (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 229) et subsistent toujours. Le paragraphe 232(2) du *Code criminel* énonce l'exigence objective établie par la common law, à savoir que seule une action injuste ou une insulte « de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser » est une provocation. Le paragraphe 232(3) fait obstacle à la provocation « recherchée » comme moyen de défense et dispose que « nul n'est censé avoir provoqué un autre individu [. . .] en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain ».

(2) La défense de provocation de nos jours

[32] Dans l'arrêt *Tran*, la Cour énonce les conditions d'ouverture du moyen de défense.

[33] Premièrement, « (1) il doit y avoir une action injuste ou une insulte et (2) l'action injuste ou l'insulte doit être suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser » (*Tran*, par. 25). Il s'agit du volet objectif de la provocation.

[34] Second, there is a two-fold subjective element: “. . . (1) the accused must have acted in response to the provocation; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool”: *Tran*, at para. 36.

[35] The bulk of the argument by the parties centred on the ordinary person requirement: Would an ordinary person lose self-control after having initiated a confrontation at gunpoint? Cairney argues that the ordinary person standard must be contextualized to the circumstances of this appeal, taking into account the fact that for years he had been a powerless witness to Ferguson’s physical abuse of his cousin Rosenthal, whom he loved like a sister. The Crown, on the other hand, contends that no ordinary person would seek out a confrontation at gunpoint, and thereafter be surprised and lose self-control when the person who is being threatened reacts dismissively.

(a) *The Purpose of the Ordinary Person Standard*

[36] The “ordinary person” element of the defence of provocation is something of a paradox. The ordinary person does not lose control and kill someone in the first place. However, the defence of provocation recognizes human frailties that can lead to violence. As Professor Renke writes:

The reality is that individuals will, in (what should be) extreme circumstances, respond to provocations with homicidal violence. For centuries, the courts have consistently recognized the potential for violence in our hearts and have explained the provocation excuse as a concession to our human frailty — not just the frailty of the accused, but *our* frailty. [Emphasis in original.]

(“Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation” (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729, at p. 769)

[34] Deuxièmement, « (1) l’accusé [doit avoir] agi en réaction à la provocation et (2) sous l’impulsion du moment, [sans] avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » (*Tran*, par. 36). Il s’agit du volet subjectif.

[35] Les arguments des parties portent essentiellement sur l’application de la norme de la personne ordinaire : une personne ordinaire perdrait-elle la maîtrise d’elle-même après avoir déclenché un affrontement à la pointe d’un fusil? M. Cairney fait valoir qu’il convient d’adapter la norme aux circonstances de l’espèce et de tenir compte du fait que, pendant des années, il avait assisté impuissant aux mauvais traitements infligés par M. Ferguson à sa cousine, M^{me} Rosenthal, qu’il aimait comme une sœur. Pour sa part, le ministère public soutient qu’une personne ordinaire ne rechercherait pas un affrontement armé pour être ensuite prise au dépourvu et privée du pouvoir de se maîtriser si la personne menacée réagissait avec mépris.

a) *La raison d’être de la norme de la personne ordinaire*

[36] La condition d’ouverture du moyen de défense liée à la notion de « personne ordinaire » relève en quelque sorte du paradoxe. Une personne ordinaire ne perd pas la maîtrise de soi et n’assassine pas autrui. Toutefois, la défense de provocation reconnaît que certaines faiblesses humaines peuvent mener à la violence. Comme l’écrit le professeur Renke :

[TRADUCTION] En fait, dans (ce qui doit constituer) des cas exceptionnels, les gens réagiront à la provocation par une violence meurtrière. Depuis des siècles, les tribunaux reconnaissent l’existence d’une violence potentielle en chacun de nous et justifient l’excuse qu’offre la provocation en y voyant un adoucissement des rigueurs de la loi eu égard à la faiblesse humaine — non seulement celle de l’accusé, mais aussi la *nôtre*. [En italique dans l’original.]

(« Calm Like a Bomb : An Assessment of the Partial Defence of Provocation » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729, p. 769)

[37] The law seeks to recognize this human weakness, without going so far as to condone socially unacceptable acts of violence. The “ordinary person” element serves to ensure that only losses of self-control which comport “with contemporary society’s norms and values will attract the law’s compassion”: *Tran*, at para. 30. As this Court underscored in *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, *per* Cory J., the “ordinary person” element implicitly entails a balancing exercise:

. . . I think the objective element should be taken as an attempt to weigh in the balance those very human frailties which sometimes lead people to act irrationally and impulsively against the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence. [para. 4]

(b) *Contextualizing the Ordinary Person Standard*

[38] The “ordinary person” requirement limits the availability of the defence of provocation, in order “to ensure that the criminal law encourages reasonable and responsible behaviour”: *Thibert*, at para. 14. The downside of the “ordinary person” standard is that, if applied rigidly and in the abstract, it runs the risk of rendering the defence unavailable in virtually all situations. As discussed, the truly ordinary person in Canadian society does not kill a person who insults him or her. In response to the potential unfairness that could result from a purely abstract conception of the “ordinary person”, this Court has held that the standard must be applied in a contextual manner:

. . . the ordinary person must be taken to be of the same age, and sex, and must share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance. In other words, all the relevant background circumstances should be considered.

(*Thibert*, at para. 14)

[39] As the appellant emphasizes in his submissions, “the history and background of the relationship between the victim and the accused is relevant

[37] Le droit cherche à reconnaître cette faiblesse humaine, mais sans tolérer pour autant les actes de violence socialement inacceptables. La norme de la « personne ordinaire » vise à garantir que seule la perte de la maîtrise de soi d’une personne dont le comportement « respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit » (*Tran*, par. 30). Comme le souligne notre Cour dans *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par la voix du juge Cory, l’application de la norme de la « personne ordinaire » comporte implicitement une mise en balance :

J’estime [. . .] que le volet objectif doit être vu comme une tentative de soupeser, d’une part, les faiblesses très humaines qui conduisent parfois les gens à agir de façon irrationnelle et impulsive et, d’autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant les actes de violence meurtrière. [par. 4]

b) *Contextualisation de la norme de la personne ordinaire*

[38] La norme de la « personne ordinaire » limite le recours à la défense de provocation afin que « le droit criminel encourage les comportements raisonnables et responsables » (*Thibert*, par. 14). Or, si elle est appliquée avec rigidité et de manière abstraite, elle risque de faire obstacle au moyen de défense dans presque tous les cas. Rappelons que, dans la société canadienne, une personne véritablement « ordinaire » ne tue pas celui ou celle qui l’insulte. Afin d’écarter toute iniquité susceptible de résulter d’une conception purement abstraite de la « personne ordinaire », notre Cour a statué que la norme doit être appliquée de manière contextuelle :

. . . il faut tenir compte d’une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l’accusé et qui a en commun avec lui d’autres facteurs donnant à l’acte ou à l’insulte en cause une importance particulière. En d’autres mots, il faut prendre en considération toutes les circonstances pertinentes.

(*Thibert*, par. 14)

[39] Comme le souligne l’appelant dans son argumentaire, « l’historique et le contexte des relations entre la victime et l’accusé sont pertinents et utiles

and pertinent to the ‘ordinary person’ test”: *Thibert*, at para. 17. Indeed, all contextual factors that would give the act or insult special significance to an ordinary person must be taken into account: *Thibert*, at para. 18.

[40] However, the consideration of background circumstances that contribute to the significance that an ordinary person would attribute to an act or insult does not change the fact that a certain threshold level of self-control is always expected of the “ordinary person”. For example, characteristics of the accused such as “a propensity to drunken rages or short tempered violence” are not relevant to the ordinary person test: *Thibert*, at para. 15. Only factors which contribute to the significance of an act or insult should be taken into account when contextualizing the standard: Ashworth, “The Doctrine of Provocation”, at p. 300. The standard should not be adapted to accommodate a particular accused’s innate lack of self-control, as: “. . . there is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which only serves to defeat its purpose”: *Tran*, at para. 35. As Professor Renke underscores, “[p]rovocation should be recognized only at that point where the ordinary person’s control has been taken to its limit, and that limit has been passed”: p. 772.

[41] By appropriately contextualizing the ordinary person standard, the law on provocation strikes a balance between recognizing human frailties that lead to outbursts of violence, on the one hand, and the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence, on the other: *Thibert*, at para. 4.

(c) *Self-Induced Provocation*

[42] Self-induced provocation refers to the situation where the accused initiates or invites the act or insult he says provoked him. It is not a special category of the defence of provocation. The fact that the accused initiated or invited the provocation is simply a contextual factor in determining whether

dans l’application du critère relatif à la “personne ordinaire” » (*Thibert*, par. 17). En fait, il faut prendre en compte toutes les données contextuelles qui confèrent à l’action ou à l’insulte une importance particulière pour une personne ordinaire (*Thibert*, par. 18).

[40] Néanmoins, malgré la prise en compte de telles données, une « personne ordinaire » doit toujours respecter un seuil minimal de maîtrise de soi. Par exemple, les caractéristiques d’un accusé comme « la propension à des rages d’ivrogne ou à l’irascibilité violente » ne sauraient valoir pour l’application de la norme de la personne ordinaire (*Thibert*, par. 15). Seules les données qui influent sur l’importance de l’action ou de l’insulte doivent être prises en considération pour contextualiser la norme (Ashworth, « The Doctrine of Provocation », p. 300). Il ne faut pas l’adapter pour tenir compte de l’absence innée de maîtrise de soi d’un accusé en particulier, car « il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même » (*Tran*, par. 35). Comme le relève le professeur Renke, [TRADUCTION] « [l]a provocation ne doit jouer que lorsque la maîtrise de soi de la personne ordinaire a été poussée à sa limite et que cette limite a été franchie » (p. 772).

[41] Grâce à la juste contextualisation de la norme de la personne ordinaire, le droit applicable à la provocation reconnaît, d’une part, les faiblesses humaines qui mènent à des accès de violence et, d’autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant le recours à la violence meurtrière (*Thibert*, par. 4).

c) *Provocation induite*

[42] La provocation induite s’entend de l’action ou de l’insulte que l’accusé déclenche ou suscite et prétend qu’elle le provoque. Il ne s’agit pas d’une catégorie particulière de provocation. Le fait que l’accusé déclenche ou suscite la provocation n’est qu’une donnée contextuelle à considérer pour

the subjective and objective elements of the defence are met.

[43] The subjective component of the defence requires that “[t]he wrongful act or insult must itself be sudden, in the sense that it ‘must strike upon a mind unprepared for it’”: *Tran*, at para. 38, citing *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443. The subjective component is not met where the accused in fact subjectively expected the victim’s response and, as a result, did not act on the sudden. Depending on the circumstances, where the accused precipitated the provocation, there may be no basis in the evidence for any reasonable doubt as to whether the accused acted on the sudden.

[44] The objective component asks whether the provoking act would cause an “ordinary person” to lose his self-control, having regard to all the relevant circumstances. Again, depending on the circumstances, where the accused precipitated the victim’s wrongful act or insult by aggressively confronting him or her, there may be no basis in the evidence for any doubt as to whether that act or insult would cause an ordinary person to lose self-control. The fact that the victim’s response to the accused’s confrontational conduct fell within a range of reasonably predictable reactions may suggest that an ordinary person would not have lost self-control, although it must be weighed together with all other relevant contextual factors.

[45] It has been suggested that “the defence [of provocation] will not be available where the accused is prepared for an insult or initiates a confrontation and receives a predictable response”: M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 770 (emphasis added); see also D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 590; H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’imputabilité* (3rd ed. 2008), at pp. 734-35. This is best understood not as an absolute rule, but as the usual result of application of appropriate contextual factors to the question of whether an ordinary person would have lost control.

statuer sur l’existence des éléments subjectif et objectif du moyen de défense.

[43] L’élément subjectif requiert que « l’action injuste ou l’insulte [soit] elle-même [. . .] soudaine, c’est-à-dire qu’elle [. . .] doit être inattendue » (*Tran*, par. 38, citant *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, p. 443). Cet élément fait défaut lorsque l’accusé prévoit en fait subjectivement la réaction de la victime et n’agit donc pas sous l’impulsion du moment. Selon les circonstances, lorsque l’accusé pousse la victime à la provocation, la preuve peut ne pas étayer un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé a agi impulsivement.

[44] L’élément objectif veut que l’on détermine si l’acte provocateur ferait perdre sa maîtrise de soi à une « personne ordinaire » eu égard à l’ensemble du contexte en cause. Encore une fois, selon les circonstances, lorsque l’accusé a incité la victime à agir injustement ou à proférer l’insulte en l’affrontant de manière violente, la preuve peut ne pas permettre de conclure que l’action ou l’insulte en question aurait fait perdre son sang-froid à une personne ordinaire. Le fait que la réaction de la victime à l’affrontement déclenché par l’accusé fasse partie de celles qui sont raisonnablement prévisibles peut indiquer qu’une personne ordinaire n’aurait pas perdu son sang-froid, bien qu’il faille mettre ce fait en balance avec toutes les autres données contextuelles pertinentes.

[45] D’aucuns opinent que [TRADUCTION] « la défense [de provocation] ne s’applique pas lorsque l’accusé s’attend à une insulte ou qu’il déclenche un affrontement et obtient une réaction prévisible » (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 770 (je souligne); voir aussi D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 590; H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’imputabilité* (3^e éd. 2008), p. 734-735). Mieux vaut ne pas voir là une règle absolue, mais le résultat habituel de la prise en compte des données contextuelles pertinentes pour déterminer si une personne ordinaire aurait perdu son sang-froid.

[46] The matter is always one of context, and in cases of doubt, the question of whether the accused's confrontational conduct undermines the defence should be left to the jury. In the case of *Edwards v. The Queen*, [1973] A.C. 648, in which it was alleged that the accused's acts of blackmail gave rise to the victim's provocative conduct, Lord Pearson acknowledged that "[o]n principle it seems reasonable to say that . . . a blackmailer cannot rely on the predictable results of his own blackmailing conduct as constituting provocation sufficient to reduce his killing of the victim from murder to manslaughter": p. 658. However, he went on to hold that whether the inciting act would have this effect is a matter of fact that "would in many cases be a question of degree to be decided by the jury": p. 658; see also Ashworth, "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", at p. 486.

(d) *The Cases on Self-Induced Provocation*

[47] While the cases on self-induced provocation do not always distinguish between the objective and subjective elements of the defence, read generally they confirm that the accused's conduct in inciting provocation may be relevant to both elements of the defence, and that it must be considered with other contextual factors to determine whether there is an air of reality to the defence.

[48] The accused's conduct in inciting the alleged provocation was held to deprive the defence of any air of reality in *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404. The accused had quarreled with the deceased, Joyce Alexander, at an acquaintance's house. The accused then returned alone to his house, and waited for the deceased to come home as well. When the deceased arrived, the accused started a confrontation during which he assaulted the deceased, threw dishes at her and called her "a dirty name": p. 407. Eventually, the deceased retaliated by also calling the accused a dirty name, at which point the accused shot her. This Court held that the defence of provocation should not have been put to the jury:

[46] Tout dépend toujours du contexte et, en cas de doute, il faut soumettre au jury la question de savoir si le déclenchement d'un affrontement par l'accusé est de nature à faire obstacle au moyen de défense. Dans l'arrêt *Edwards c. The Queen*, [1973] A.C. 648, rendu dans une affaire où on alléguait que le chantage exercé par l'accusé avait amené la victime à provoquer ce dernier, lord Pearson reconnaît ce qui suit : [TRADUCTION] « En principe, il semble raisonnable d'affirmer que [. . .] le maître chanteur ne peut prétendre que la conséquence prévisible de son propre chantage constitue une provocation suffisante pour réduire le meurtre de la victime à un homicide involontaire coupable » (p. 658). Il ajoute cependant que la question de savoir si l'acte d'incitation aurait cette conséquence est une question de fait qui, « dans bien des cas, est affaire de degré, ce sur quoi le jury est appelé à statuer » (p. 658; voir aussi Ashworth, « Self-Induced Provocation and the Homicide Act », p. 486).

d) *La jurisprudence sur la provocation induite*

[47] Bien que les décisions sur le sujet ne distinguent pas toutes entre les éléments objectif et subjectif du moyen de défense, elles confirment généralement que l'incitation à la provocation peut importer pour les deux éléments et qu'il faut l'examiner de pair avec les autres données contextuelles pour décider de la vraisemblance du moyen de défense.

[48] Dans *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404, la Cour statue que l'incitation à la provocation alléguée prive le moyen de défense de toute vraisemblance. L'accusé s'était disputé avec la victime, Joyce Alexander, chez une connaissance. Il était ensuite rentré seul chez lui et avait attendu que la victime rentre à son tour. Lorsque celle-ci était arrivée, il avait déclenché un affrontement au cours duquel il l'avait attaquée, lui avait lancé des pièces de vaisselle et l'avait insultée (p. 407). La victime avait fini par riposter en l'insultant à son tour et il l'avait abattue. La Cour opine que la défense de provocation n'aurait pas dû être soumise au jury :

The evidence shows that from the time Joyce Alexander entered her home to that of the fatal shot, the appellant, and not she, took, and kept throughout, the initiative of the events leading to her death. He was evidently waiting for her arrival. He started the quarrel during which she retaliated. . . .

On this evidence, [the] appellant cannot justify or excuse his actions in saying that he was facing a situation characterized with suddenness, unexpectedness or lack of premonition. . . . There was no sudden provocation on the part of Joyce Alexander causing sudden retaliation on his part. [Emphasis added; pp. 409-10.]

[49] In *R. v. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266 (Sask. C.A.), aff'd [1979] 1 S.C.R. 100, the accused sequestered a taxi driver in the trunk of his own taxi. When he later opened the trunk, the driver sprung out and hit him with a hammer. The accused grabbed the hammer away, and proceeded to smash the driver's skull with it, killing him. At trial, the accused argued that he acted in the heat of the passion aroused by the hammer attack. The Saskatchewan Court of Appeal, *per* Culliton C.J., held that the provocation was self-induced and that the driver's attempt to escape was objectively predictable:

In my view there could not be a situation in which the appellant had and kept the initiative throughout more completely than in the present case. . . .

. . . I am satisfied that any reasonable person who had treated the deceased as did the appellant, would expect that person to use any means at his disposal to try and effect his escape if the occasion to do so arose. The striking of the appellant by the deceased is not an act for which his mind would be unprepared or would take his understanding by surprise, or that would set his passions aflame. Such an act was one that was not only foreseeable and predictable, but was one to be expected if the deceased was afforded any opportunity to escape. [Emphasis added; pp. 286-87.]

[50] Similarly, in *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, this Court found that an off-duty police officer who had gone out looking to pick fights in bars could not

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'entre l'arrivée de Joyce Alexander à la maison et le coup de feu mortel, c'est l'appellant, et non elle, qui a pris l'initiative — puis l'a conservée — des faits à l'origine du décès. De toute évidence, il attendait le retour de la victime et il a déclenché la dispute au cours de laquelle la victime a riposté. . .

Compte tenu de ces éléments de preuve, [l']appellant ne peut justifier ou excuser ses actes en invoquant le caractère imprévisible et inattendu de la situation. [. . .] Il n'y a eu de la part de Joyce Alexander aucune provocation soudaine de nature à causer une riposte soudaine de l'accusé. [Je souligne; p. 409-410.]

[49] Dans *R. c. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266 (C.A. Sask.), conf. par [1979] 1 R.C.S. 100, l'accusé avait séquestré un chauffeur de taxi dans le coffre de sa propre voiture. Lorsqu'il avait ensuite ouvert le coffre, le chauffeur en avait surgi et l'avait frappé avec un marteau. L'accusé s'était emparé de l'outil et avait tué le chauffeur en lui fracassant le crâne. Au procès, l'accusé a déclaré avoir agi dans un accès de colère causé par l'attaque subite. La Cour d'appel de la Saskatchewan, par la voix du juge en chef Culliton, conclut au caractère induit de la provocation et qu'il était objectivement prévisible que le chauffeur tente de s'échapper :

[TRADUCTION] À mon avis, les faits de l'espèce illustrent parfaitement le cas où l'appellant prend et conserve l'initiative de l'affrontement. . .

. . . Je suis convaincu que toute personne raisonnable qui aurait traité la victime comme l'a fait l'appellant s'attendrait à ce que celle-ci se serve de tous les moyens possibles pour s'échapper si l'occasion se présentait. L'agression de l'appellant par la victime ne constitue pas un acte inattendu de nature à surprendre et faire perdre son sang-froid. Il s'agissait d'un acte non seulement prévisible, mais aussi qu'il fallait prévoir si la victime avait la possibilité de s'échapper. [Je souligne; p. 286-287.]

[50] De même, dans *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, notre Cour conclut qu'un agent de police qui avait cherché la bagarre dans des bars alors qu'il

raise the defence of provocation, as no jury acting reasonably could conclude that the accused had been provoked in such a manner as to deprive an ordinary person of the power of self-control:

It must be remembered that on the evidence the respondent was, throughout the disgraceful incidents of the evening, a bad-tempered aggressor and that he seized on the slightest confrontation by [the deceased] to again become the aggressor. If, during the fight which followed . . . he suffered a couple of kicks of indefinite violence, the provocation resulting therefrom could not possibly have caused a police officer to draw his gun and fire five shots at his assailant. [pp. 21-22]

[51] More recent cases have also confirmed that the defence of provocation may lack an air of reality when the accused initiated an aggressive confrontation which resulted in predictable acts of provocation. In *R. v. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61, the accused initiated a physical fight with the deceased. He lost the physical confrontation. The deceased pushed the accused away and made a dismissive gesture. The accused felt humiliated and stabbed the deceased with a knife as he was walking away from the scene of the confrontation. The British Columbia Court of Appeal held that there was no air of reality to the defence of provocation, since the provocation was not sudden and would not have caused an ordinary person to have lost his self-control. Ryan J.A. suggested that an ordinary person who initiates a fist fight would not lose control when he receives blows in retaliation:

. . . the sequelae of a lost match (as in *Squire*, the not unexpected blows exchanged during a consensual fight) are not such as to deprive the ordinary person of his power of self-control. . . . [T]he ordinary person standard is adopted to fix the degree of self-control and restraint expected of all in society. It recognizes human frailty when the threshold test is passed and a person is provoked beyond the level of tolerance of the ordinary person. Based on the evidence in this case no jury could find that under the same circumstances an ordinary young man in the appellant's place would have been provoked by the actions, words and gestures of the deceased so as to cause him to lose his power of self-control. [para. 86]

n'était pas en service ne pouvait invoquer la provocation, car aucun jury agissant de manière raisonnable ne pouvait conclure que l'on avait provoqué l'accusé au point de priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser :

Il faut se rappeler que, selon la preuve, l'intimé était, pendant tous les incidents honteux de cette soirée, un agresseur irascible et qu'il a saisi la moindre riposte [du défunt] pour redevenir l'agresseur. Si, pendant la lutte [. . .] il a reçu deux coups de pied d'une violence indéterminée, la provocation en résultant ne pouvait certainement pas amener un agent de police à sortir son revolver et tirer cinq coups de feu sur son assaillant. [p. 22]

[51] Des décisions plus récentes confirment également que la défense de provocation peut être dépourvue de vraisemblance lorsque l'accusé déclenche un affrontement violent qui entraîne un acte de provocation prévisible. Dans *R. c. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61, l'accusé avait été l'instigateur d'une bagarre qu'il n'avait pas remportée contre le défunt, ce dernier l'ayant repoussé et ayant fait un geste méprisant. Se sentant humilié, l'accusé avait poignardé le défunt alors qu'il s'éloignait du lieu de l'affrontement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut que la provocation n'est pas vraisemblable puisqu'elle n'a pas été soudaine et qu'elle n'aurait pas fait perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire. La juge Ryan opine que la personne ordinaire qui est à l'origine d'une bagarre à coups de poing ne perd pas son sang-froid lorsque son adversaire lui rend ses coups :

[TRADUCTION] . . . les conséquences naturelles d'une défaite (les coups non imprévisibles échangés au cours d'une bagarre qui oppose des adversaires consentants comme dans l'affaire *Squire*) ne sont pas de nature à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. [. . .] [L]a norme de la personne ordinaire existe afin de fixer le degré de maîtrise de soi et de modération attendu de chacun en société. Elle reconnaît la fragilité humaine chez celui qui satisfait au critère préliminaire et qui est provoquée au-delà du seuil de tolérance de la personne ordinaire. Au vu de la preuve au dossier, nul jury ne pouvait conclure que, dans la situation de l'appelant, un jeune homme ordinaire aurait été provoqué par les actes, les propos et les gestes du défunt au point de perdre sa maîtrise de soi. [par. 86]

[52] Implicit in the appellate court’s reasoning is the conclusion that the victim’s response — inflicting minor damage in the fight the accused had initiated and then walking away — was within the range of reasonably anticipated responses. No other contextual factors suggested that an ordinary person would have lost self-control in the circumstances. Accordingly, there was no air of reality to the defence.

[53] In the *Tran* case, this Court held that an accused who knew that his wife was seeing another man could not claim that finding her in bed with that man had “str[uck] upon a mind unprepared for it”: para. 45. The accused in *Tran* had maintained the initiative throughout: he had entered his estranged wife’s apartment unexpectedly, without being invited, and proceeded to attack his wife and her lover when he found them in bed together. Although this Court analyzed the predictability of the allegedly provocative act only under the subjective component of the test, there was an implied objective dimension to the analysis. An “ordinary person” who burst into his estranged wife’s apartment — and who knew that she had taken a new lover — could reasonably anticipate that he would discover the wife and her lover in bed.

[54] Finally, I come to the case *Thibert*. In *Thibert*, a majority of this Court held that the defence of provocation was properly left to the jury, notwithstanding evidence that the accused’s conduct had precipitated the wrongful act or insult relied on as provocation. The accused, Thibert, who was distraught because his wife wanted to leave him and had begun seeing another man, went to his wife’s workplace in an attempt to convince her to stay with him. He had placed a loaded rifle in his car. He met his wife in the parking lot adjacent to her workplace. The wife’s lover interrupted the conversation. The accused took the rifle out of his car and pointed it at him. The deceased began walking towards the accused, with his hands on the wife’s shoulders and swinging her back and forth, all the while challenging the accused to shoot him. The accused shot him, and raised the defence of provocation at trial.

[52] Il découle implicitement du raisonnement de la Cour d’appel que la réaction de la victime — causer des blessures légères lors de la bagarre que l’accusé avait commencée et s’éloigner ensuite — faisait partie des réactions raisonnablement prévisibles. Aucune autre donnée contextuelle ne portait à croire qu’une personne ordinaire aurait perdu son sang-froid dans les circonstances. La défense n’était donc pas vraisemblable.

[53] Dans l’arrêt *Tran*, notre Cour conclut que l’accusé qui était au fait de la liaison de son épouse avec un autre homme ne pouvait qualifier d’« inattendue » la vue de celle-ci au lit avec cet homme (par. 45). L’accusé avait toujours conservé l’initiative : il s’était introduit dans l’appartement de son ex-épouse sans y être attendu ni y avoir été invité et, trouvant celle-ci au lit avec son amoureux, s’en était pris aux deux. Bien que notre Cour ne se soit penchée sur la prévisibilité de l’acte de provocation allégué qu’en liaison avec l’élément subjectif du moyen de défense, son analyse comporte une dimension objective implicite. La « personne ordinaire » qui fait irruption dans l’appartement de son ex-épouse — et dont il sait qu’elle a une liaison avec un autre homme — s’attendrait raisonnablement à découvrir celle-ci au lit avec son amoureux.

[54] Enfin, j’en arrive à l’arrêt *Thibert*, où les juges majoritaires de notre Cour concluent que la défense de provocation a été régulièrement soumise à l’appréciation du jury même si, selon la preuve, la conduite de l’accusé avait mené à l’action injuste ou à l’insulte invoquée à titre de provocation. L’accusé, M. Thibert, atterré parce que son épouse voulait le quitter et qu’elle avait commencé à fréquenter un autre homme, s’était rendu au lieu de travail de cette dernière dans le but de la convaincre de rester avec lui. Il avait au préalable déposé une carabine chargée dans sa voiture. Il avait rencontré son épouse dans le stationnement adjacent à son lieu de travail. L’amant avait interrompu leur conversation. L’accusé avait sorti la carabine de sa voiture et l’avait pointée sur lui. La victime s’était avancée vers l’accusé, les mains posées sur les épaules de l’épouse, balançant cette dernière devant lui de droite à gauche et défiant l’accusé de le descendre. L’accusé lui avait tiré dessus. Au procès, il a invoqué la défense de provocation.

[55] A majority of this Court, *per* Cory J., held that the trial judge had not erred in leaving the defence of provocation with the jury. The majority reasons focused predominantly on whether the accused could have subjectively lost control as a result of the victim's taunts. The majority concluded that, since the accused did not expect to see his wife's lover at the meeting, the confrontation with the deceased was unforeseen. Accordingly, the majority held that the subjective element could be met and that, by extension, there was an air of reality to the defence: *Thibert*, at para. 27. The accused could not be said to have sought out the confrontation, according to the majority's reasoning. The reasons also referred to the significance that an ordinary person in the accused's circumstances would attribute to the taunts, but did not explore how the objective element of the defence, as analyzed in this case, would be met in a situation of self-induced provocation. The majority appears to have relied heavily on the fact that, although the case was close to the line, deference should be shown to the trial judge who had left the defence to the jury: para. 33. *Thibert* is distinguishable from the present case, in which Cairney sought out a confrontation with Ferguson at gunpoint.

[56] Taken as a whole, the cases support the view that the fact that provocation is "self-induced" by the accused may be relevant to both the objective and subjective components of the defence. Self-induced provocation is not a special category of the defence attracting special principles. Rather, it describes a particular application of the general principles that govern the defence of provocation. There is no absolute rule that a person who instigates a confrontation cannot rely on the defence of provocation. As in all cases where the defence of provocation is raised, whether the defence goes to the jury depends on whether the evidence provides an air of reality to it. However, the fact that an accused sought out an aggressive confrontation and received a predictable response is a factor which may deprive the defence of an air of reality.

[55] Sous la plume du juge Cory, les juges majoritaires statuent que le juge du procès n'a pas eu tort de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. Ils s'attachent surtout à déterminer si l'accusé aurait pu perdre subjectivement la maîtrise de soi à cause des railleries de la victime. Ils concluent que, l'accusé ne s'attendant pas à voir l'amant de son épouse lors de cette rencontre, l'affrontement avec le défunt était inattendu. Ils statuent donc que l'élément subjectif pouvait être établi et, de ce fait, le moyen de défense avait un caractère vraisemblable (*Thibert*, par. 27). Suivant leur raisonnement, on ne peut affirmer que l'accusé avait recherché l'affrontement. Ils font également mention de l'importance qu'une personne ordinaire qui se serait trouvée dans la situation de l'accusé aurait attribuée aux railleries de la victime, mais ils ne se penchent pas sur la problématique liée à l'existence de l'élément objectif de la provocation lorsqu'elle est induite comme en l'espèce. Ils semblent se fonder en grande partie sur le fait que, même s'il s'agit d'un cas limite, il convient de déférer à la décision du juge du procès de soumettre la défense au jury (par. 33). L'affaire *Thibert* peut être distinguée de la présente espèce, où M. Cairney, armé d'un fusil, a recherché l'affrontement avec M. Ferguson.

[56] Considérée dans son ensemble, la jurisprudence permet de conclure que l'existence d'une provocation induite par l'accusé peut être pertinente pour les volets objectif et subjectif du moyen de défense. La provocation induite ne correspond pas à une catégorie particulière du moyen de défense qui ferait intervenir des principes spéciaux. Elle commande plutôt une application particulière des principes généraux qui régissent la défense de provocation. Aucune règle absolue ne veut que la personne qui déclenche un affrontement ne puisse invoquer ce moyen de défense. Comme chaque fois qu'elle est invoquée, la provocation doit être vraisemblable au vu de la preuve pour être soumise au jury. Cependant, le fait que l'accusé a recherché un affrontement violent et suscité une réaction prévisible peut enlever toute vraisemblance au moyen de défense.

III. Application

[57] The question is whether on the evidence Cairney's defence of provocation possessed an air of reality. The trial judge left the matter to the jury, although she appears to have applied a "some evidence" test instead of the air of reality test. The Court of Appeal disagreed, finding that there could be no reasonable doubt as to whether the objective or subjective elements of the defence were present.

[58] In my view, this appeal can be resolved on the objective element of the test, which asks whether there was a wrongful act or insult by the victim, *sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control*.

[59] The alleged wrongful act or insult was the deceased's words to Cairney when Cairney confronted him at gunpoint: "Fuck you, you goof. This is none of your business, I'll do with Fran whatever I want."

[60] Cairney argues that these words constituted a threat of imminent domestic abuse sufficient to cause an ordinary person to lose self-control. The record does not support this contention. Ferguson was having a conversation on the telephone when Cairney approached. He was no longer behaving aggressively towards Rosenthal — his moment of anger against Rosenthal had passed. Moreover, Ferguson was attempting to leave the apartment when he spoke those words. The record, as the Court of Appeal concluded, simply does not support the contention that an ordinary person would have viewed the victim's words as a threat of imminent domestic violence against Rosenthal, leading to a loss of self-control.

[61] What we are left with is a concern on Cairney's part to prevent future abuse against Rosenthal, and Cairney's declared intention to achieve this by extracting a promise at gunpoint from Ferguson to stop abusing her. An ordinary person who seeks to extract a promise at gunpoint

III. Application

[57] Dès lors, au vu de la preuve, la provocation invoquée en défense par M. Cairney était-elle vraisemblable? La juge du procès a soumis la question au jury, même si elle paraît appliquer un critère fondé sur l'existence de « quelque preuve » plutôt que sur celui de la vraisemblance. La Cour d'appel n'est pas de cet avis et estime qu'il ne pouvait y avoir de doute raisonnable quant à l'existence de l'élément objectif ou subjectif de la défense de provocation.

[58] J'estime que l'issue du pourvoi repose sur l'élément objectif du critère, à savoir si la victime a accompli une action injuste ou proféré une insulte de telle nature qu'elle *suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser*.

[59] L'action injuste ou l'insulte résiderait dans les propos adressés par le défunt à M. Cairney lorsque ce dernier l'a affronté à la pointe du fusil : [TRADUCTION] « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec Fran. »

[60] M. Cairney prétend que ces propos constituaient une menace de violence conjugale imminente qui aurait suffi à faire perdre la maîtrise de soi à une personne ordinaire. Or, le dossier n'étaye pas sa prétention. M. Ferguson parlait au téléphone lorsque M. Cairney s'était approché. Il ne se comportait plus de manière agressive envers M^{me} Rosenthal, sa colère à son endroit étant retombée. Qui plus est, M. Ferguson se dirigeait vers la sortie de l'appartement lorsqu'il a tenu ces propos. Comme le conclut la Cour d'appel, le dossier n'étaye tout simplement pas la prétention selon laquelle une personne ordinaire aurait vu dans les paroles de la victime une menace de violence conjugale imminente à l'endroit de M^{me} Rosenthal, ce qui l'aurait amené à perdre sa maîtrise de soi.

[61] Restent donc le souci de M. Cairney d'empêcher la perpétration ultérieure d'autres actes de violence à l'endroit de M^{me} Rosenthal et son intention déclarée d'y parvenir en arrachant à M. Ferguson, à la pointe du fusil, la promesse de ne plus agresser son épouse. Une personne ordinaire qui chercherait

would not be surprised if the person confronted rebuffs the overture, in words like those used by the victim here. Ferguson's response fell within a range of predictable responses. There is nothing on the record to support the element of sudden shock required to cause an ordinary person to lose self-control. It follows that a properly instructed jury acting reasonably could not have had a reasonable doubt about whether Ferguson's conduct was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control.

[62] There was evidence, provided by Cairney's testimony, sufficient to support the subjective element — that Cairney in fact acted in response to the provocation before his passion had time to cool. The Court of Appeal entered into a minute weighing of the evidence that went into the merits of the defence, by examining whether Cairney's passions had time to cool during the time that he followed Ferguson to the apartment building's stairwell. This approach went well beyond the requirements of the air of reality test — the test only requires that there be an evidential foundation on which a properly instructed jury acting reasonably could find that there was a reasonable doubt as to whether the accused is guilty of murder, on the basis of the defence of provocation. However, the Court of Appeal's error in assessing the subjective element does not change the outcome of this appeal, since there is no air of reality to the objective element of the defence.

[63] In this case deference to the trial judge is not appropriate, since she appears not to have applied the correct test in deciding whether to leave the defence of provocation to the jury.

[64] I add the following, from the perspective of policy as it applies to cases such as this. Violent confrontations like the gunpoint lecture that led to the death of Ferguson are to be discouraged. Where conduct of this nature occurs, it will generally play a role in assessing whether the defence of provocation meets the air of reality test, particularly under the objective element of the defence. The law does not condone the initiation of gunpoint lectures,

à arracher une promesse à la pointe du fusil ne serait pas étonnée de voir son interlocuteur repousser sa demande en tenant des propos semblables à ceux de la victime en l'espèce. La réaction de M. Ferguson faisait partie de celles qui étaient prévisibles. Aucune preuve au dossier ne permet de conclure à un choc soudain de nature à faire perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire. Par conséquent, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable n'aurait pu avoir de doute raisonnable quant à savoir si la conduite de M. Ferguson aurait suffi à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

[62] Une preuve, tirée du témoignage de M. Cairney, suffisait à étayer l'élément subjectif, à savoir qu'il avait en fait réagi à la provocation avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. La Cour d'appel examine minutieusement la preuve en s'attachant au bien-fondé de la défense invoquée et se demande si M. Cairney a pu reprendre son sang-froid le temps de rejoindre M. Ferguson dans l'escalier de l'immeuble. Elle est bien loin de s'en tenir à l'application du critère de la vraisemblance, qui exige seulement un fondement probant qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement d'avoir un doute raisonnable, fondé sur la défense de provocation, quant à savoir si l'accusé est coupable de meurtre. Or, l'erreur de la Cour d'appel dans l'appréciation de l'élément subjectif ne change rien à l'issue du pourvoi, car la provocation objective n'a aucune vraisemblance.

[63] En l'espèce, il ne convient pas de déférer à la décision de la juge du procès, car cette dernière ne semble pas appliquer le bon critère pour décider de soumettre ou non la défense de provocation au jury.

[64] J'ajoute ce qui suit dans l'optique des considérations d'intérêt public qui doivent guider la Cour dans une telle affaire. Il convient de décourager les affrontements violents tel le sermon à la pointe du fusil qui a entraîné la mort de M. Ferguson. Un comportement de ce genre joue généralement un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer si la provocation invoquée en défense satisfait au critère de la vraisemblance, particulièrement en ce qui concerne son

regardless of the cause that led the accused to pick up a weapon.

[65] Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the order for a new trial.

The reasons of Fish and Abella JJ. were delivered by

[66] ABELLA J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the Chief Justice’s reasons and agree that there was evidence to support the subjective element of the provocation defence. With great respect, however, I disagree with her conclusions on the objective element of the defence. In my view, the trial judge did not err in leaving the defence with the jury.

[67] The role of the trial judge in deciding what defences to put to the jury is to act as gatekeeper and “review the evidence [to] determine whether, *if believed*, it could permit a properly instructed jury acting reasonably to acquit” (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 87 (emphasis in original)). This threshold determination “is not aimed at deciding the substantive merits of the defence”, and the trial judge must not make determinations of credibility, weigh evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences (*Cinous*, at paras. 54 and 87).

[68] For defences like provocation, the trial judge must determine whether the evidence is reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence (*R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 41). When carrying out this “limited weighing” of the evidence, the trial judge “does not draw determinate factual inferences, but rather comes to a conclusion about the field of factual inferences that could reasonably be drawn from the evidence” (*Cinous*, at para. 91; see also *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21).

caractère objectif. Le droit ne tolère pas le sermon à la pointe du fusil, peu importe la raison pour laquelle l’accusé recourt à une arme.

[65] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement ordonnant un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Fish et Abella rendus par

[66] LA JUGE ABELLA (dissidente) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et je conviens que des éléments de preuve étaient l’élément subjectif de la provocation. Soit dit en tout respect, je ne puis toutefois souscrire à ses conclusions sur l’élément objectif de ce moyen de défense. J’estime que la juge du procès n’a pas eu tort de soumettre la défense de provocation à l’appréciation du jury.

[67] Il appartient au juge du procès appelé à déterminer quels moyens de défense seront soumis à l’appréciation du jury de tenir lieu de gardien de la loi et d’« examiner la preuve [en vue de] décider si elle permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, *s’il y ajoutait foi* » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 87 (en italique dans l’original)). À ce stade préliminaire, le juge du procès « n’a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué », non plus qu’à se prononcer sur la crédibilité, à apprécier la valeur probante, à tirer des conclusions de fait ou à faire des inférences de fait précises (*Cinous*, par. 54 et 87).

[68] Dans le cas d’un moyen de défense comme celui de la provocation, le juge du procès doit examiner si la preuve est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à son application (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 41). Le juge qui se livre à cette « évaluation limitée [. . .] ne fait pas d’inférences de fait précises, mais [. . .] arrive plutôt à une conclusion concernant les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites au vu de la preuve » (*Cinous*, par. 91; voir aussi *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2. R.C.S. 162, par. 21).

[69] In relation to the objective element of provocation, the judge must determine whether there is evidence that could raise a reasonable doubt about whether the accused was faced with a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of self-control (*Tran*, at para. 25). To determine how the “ordinary” person would react to a particular insult, it is necessary to take the relevant context and circumstances into account, but without going so far as to accept idiosyncratic characteristics of the accused that would subvert the objective standard (*Tran*, at paras. 31-35). One clearly relevant contextual circumstance that informs the inquiry is the history and background of any relationship between the victim and the accused (*R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, at paras. 16-19).

[70] In this case, Ferguson’s words and the reaction they would elicit from an ordinary person cannot be appreciated without considering the whole context, and, in particular, the history of the relationship between Cairney and Ferguson. The majority’s approach concentrates mainly on one aspect of the evidence — Cairney confronting Ferguson with a gun — to the exclusion of other evidence that could well have led the jury to conclude that the objective element of provocation was met based on a credible threat that Ferguson would again abuse Cairney’s cousin, Fran Rosenthal.

[71] The predictability of the alleged provocation is certainly relevant to the analysis. But the assessment of the evidence relevant to the objective element should not be skewed by placing predominant emphasis on the aggressive conduct of the accused at the determinative expense of the whole context. An analysis that overwhelmingly focuses on whether the victim’s acts were the predictable consequence of the accused’s aggressive conduct appears to me to be too restrictive. It is noteworthy that two of the commentators cited by the majority in support of denying the defence of provocation “where the accused . . . initiates a confrontation and receives a predictable response” in fact *criticise* such an approach (Morris Manning and Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal*

[69] En ce qui a trait à l’élément objectif de la provocation, le juge doit se demander si la preuve pourrait soulever un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé a été aux prises avec une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (*Tran*, par. 25). Pour déterminer comment une personne « ordinaire » réagirait à une insulte en particulier, il faut tenir compte des circonstances et du contexte en cause, mais sans aller jusqu’à retenir des caractéristiques propres au tempérament de l’accusé qui iraient à l’encontre de l’objet d’une norme objective (*Tran*, par. 31-35). L’historique et le contexte des relations entre la victime et l’accusé forment assurément une donnée contextuelle à prendre en compte (*R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 16-19).

[70] En l’espèce, il est impossible de juger des propos de M. Ferguson et de déterminer la réaction qu’ils susciteraient chez une personne ordinaire sans tenir compte du contexte global et, en particulier, des rapports antérieurs entre MM. Cairney et Ferguson. Les juges majoritaires s’attachent principalement à une facette de la preuve, à savoir que M. Cairney a affronté M. Ferguson armé d’un fusil, et ils font fi d’autres éléments qui auraient fort bien pu amener le jury à conclure à la provocation objective étant donné le sérieux de la menace proférée par M. Ferguson à l’effet de brutaliser de nouveau la cousine de M. Cairney, Fran Rosenthal.

[71] La prévisibilité de la provocation alléguée importe certes aux fins de l’analyse. Cependant, il ne faut pas compromettre l’appréciation de la preuve relative à l’élément objectif en mettant l’accent sur le comportement agressif de l’accusé au détriment du contexte dans son entier. L’analyse qui s’attache essentiellement à la question de savoir si les actes de la victime ont été la conséquence prévisible du comportement agressif de l’accusé me paraît trop restrictive. Il importe de signaler que deux des auteurs cités par les juges majoritaires pour écarter la défense de provocation [TRADUCTION] « lorsque l’accusé [. . .] déclenche un affrontement puis obtient une réaction prévisible » *critiquent* en fait cette approche (Morris Manning et Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd.

Law (4th ed. 2009), at pp. 770-72; Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 592).

[72] Ferguson and Cairney were close friends. The only source of conflict between them, which ultimately led to the killing, was Ferguson's long history of domestic violence against Fran Rosenthal, whom Cairney thought of as his "little sister".

[73] Ferguson had been attacking Fran Rosenthal for over a decade. The assaults were frequent — often weekly. They were also severe: Rosenthal testified about incidents such as Ferguson hitting her in the head with a golf club. Cairney knew all about the assaults since Rosenthal had repeatedly taken refuge with him and his wife. She would show up bruised and injured, sometimes so badly that she was unable to go to work.

[74] Less than a year before the shooting, Cairney had witnessed one of the attacks. He had found Ferguson kneeling on Fran Rosenthal's throat, choking her to the point of unconsciousness. Cairney had to push Ferguson off of Rosenthal, and spent that entire night with Ferguson to ensure that he did not attack her again. A few weeks before the shooting, Rosenthal told Cairney that she had thought she was going to die that time.

[75] The incident leading to the shooting had the potential to turn into another assault. Ferguson suddenly became enraged and started screaming at Fran Rosenthal. He called her a "fuckin' bitch" and a "fuckin' cunt" and threatened her with: "If it wasn't for your sore back, I'd be throwing you against the walls right now." He ordered Rosenthal to tell Cairney to leave. When she did, Cairney expressed his concern to her that Ferguson was going to start beating her. She did not deny it. In cross-examination, she admitted that she wanted Cairney

2009), p. 770-772; Don Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 592).

[72] MM. Ferguson et Cairney étaient des amis proches. Le seul sujet de discorde entre eux — et cause de l'homicide ultimement perpétré — était la longue histoire de violence conjugale de M. Ferguson vis-à-vis de M^{me} Rosenthal, que M. Cairney considérait comme sa [TRADUCTION] « petite sœur ».

[73] M. Ferguson brutalisait Fran Rosenthal depuis plus de 10 ans. Les agressions avaient lieu fréquemment, souvent chaque semaine. Aussi, elles étaient graves. M^{me} Rosenthal a entre autres témoigné qu'une fois M. Ferguson l'avait frappée à la tête avec un bâton de golf. M. Cairney était bien au fait de la situation, car M^{me} Rosenthal avait maintes fois trouvé refuge chez son épouse et lui. Elle présentait alors des contusions dont la gravité l'empêchait d'aller travailler.

[74] Moins d'un an avant l'homicide, M. Cairney avait été témoin d'une agression. Il avait alors surpris M. Ferguson qui pressait son genou contre la gorge de Fran Rosenthal et exerçait une pression de nature à faire perdre connaissance à celle-ci. Il avait dû le contraindre à libérer son épouse, puis avait passé la soirée entière avec lui afin qu'il ne s'en prenne pas à nouveau à cette dernière. Quelques semaines avant que M. Ferguson soit abattu, M^{me} Rosenthal avait dit à M. Cairney qu'elle avait alors cru mourir.

[75] L'incident qui est à l'origine de l'homicide aurait pu mener à une autre agression. M. Ferguson était brusquement devenu enragé et avait commencé à crier après Fran Rosenthal. Il l'avait traitée de [TRADUCTION] « sale chienne », de « maudite salope », et il avait proféré la menace suivante : « Si t'avais pas déjà mal au dos, je te balancerais contre les murs maintenant. » Il lui avait ordonné de dire à M. Cairney de partir. Lorsqu'elle lui avait fait le message, M. Cairney avait dit craindre que M. Ferguson ne se mette à

to leave because danger to her was imminent and she did not want him to see it.

[76] While the majority suggests that Ferguson was “no longer behaving aggressively towards Rosenthal” and that “his moment of anger against Rosenthal had passed” by the time Cairney confronted him, the opposite inference can also be drawn from this record. Notably, Cairney’s evidence about the progression of the fight between Ferguson and Rosenthal is that it continued to escalate after Cairney left the room at Rosenthal’s request. Cairney testified during cross-examination, for instance, that hearing Ferguson screaming threats at Rosenthal was what led him to come back in and confront Ferguson:

Q And then in spite of your concerns about the potential for violence then, you actually do leave the two alone for a while, in spite of that explosive, you know, kind of *powder keg situation*. Right?

A Right.

Q And you come back with the gun, smash the phone. Right?

A *After I heard the argument escalating and Steve [Ferguson] screaming at her.*

Q Oh, okay. *What was Steve saying then in terms of the argument escalating?*

A I believe the words were, *You never fucking listen, you fucking cunt. I heard Frannie yelling back at Steve. That’s when I had enough.* And all I wanted to do was scare Steve. I did not want to shoot him. [Emphasis added.]

[77] At that point, Cairney confronted Ferguson with the gun and said:

Do you think you own her? Do you think that she’s your property? Do you think that you can beat the shit out of her anytime you want? I said, I had it up to here, buddy. I said, listen, here you are all those months, when you’re

la rouer de coups. Elle ne l’avait pas contredit. M^{me} Rosenthal a admis en contre-interrogatoire qu’elle avait souhaité le départ de M. Cairney parce qu’elle s’estimait en danger et qu’elle ne voulait pas qu’il soit témoin des gestes qu’elle redoutait.

[76] Les juges majoritaires laissent entendre que M. Ferguson « ne se comportait plus de manière agressive envers M^{me} Rosenthal », que « sa colère à son endroit éta[it] retombée » lorsque M. Cairney l’avait affronté, mais le dossier permet aussi de tirer la conclusion contraire. Plus particulièrement, il appert du témoignage de M. Cairney que la dispute entre M. Ferguson et M^{me} Rosenthal avait continué à prendre de l’ampleur après qu’il eut quitté la pièce à la demande de M^{me} Rosenthal. En contre-interrogatoire, M. Cairney a dit par exemple que c’était le fait d’avoir entendu M. Ferguson proférer des menaces à l’endroit de son épouse qui l’avait décidé à revenir et à faire face à M. Ferguson :

[TRADUCTION]

Q Et, malgré la crainte d’actes de violence éventuels, vous avez laissé le couple seul un moment, malgré le caractère *explosif* de la situation, une sorte de baril de poudre, c’est exact?

R Oui.

Q Puis vous êtes revenu armé d’un fusil, vous avez fracassé le téléphone, c’est bien ça?

R *Après avoir constaté que la situation dégénérait et entendu Steve [Ferguson] lui crier dessus.*

Q D’accord. *Que disait Steve pour vous faire conclure que la situation dégénérait?*

R Il me semble qu’il a dit, *Tu n’obéis jamais, maudite salope. J’ai entendu Frannie lui répondre en criant. C’est alors que j’en ai eu assez.* Je voulais seulement effrayer Steve. Je ne voulais pas l’abattre. [Italique ajouté.]

[77] M. Cairney a alors affronté M. Ferguson armé du fusil et lui a dit :

[TRADUCTION] Crois-tu qu’elle t’appartient? Crois-tu qu’elle est ta propriété? Crois-tu avoir le droit de la rouer de coups chaque fois que tu en as envie? J’ai dit, j’en ai jusque-là, mon gars. J’ai dit, écoute, ça fait des mois que

not working and she's buying your beer and whatever and toting [*sic*] to your every whim, and whenever you get pissed off about anything, you use her as your punching bag.

[78] The response that caused Cairney to snap, according to his testimony, was this: “Fuck you, you goof. This is none of your business. I’ll do with Fran whatever I want.” The provocative act was not Ferguson responding dismissively to Cairney pointing the gun. It was his emphatic assertion that he would continue the conduct towards Fran Rosenthal that Cairney had just confronted him about — “beat[ing] the shit out of her” and using her as his “punching bag”.

[79] The facts of this case illustrate the frailty of making the availability of the provocation defence hinge on a “who started it?” inquiry in circumstances involving a back-and-forth between the victim and the accused. Removing the defence from the jury turns on the characterization that Cairney initiated an “aggressive confrontation”. On another view of these facts, however, Ferguson initiated the confrontation when he started verbally abusing and threatening Cairney’s cousin — acts that could, in light of Ferguson’s history of relentless domestic abuse, readily and reasonably be interpreted as a prelude to another brutal assault.

[80] Bielby J.’s decision to leave provocation to the jury was therefore a proper one. Her review of the evidence relevant to the objective element of provocation was flawless:

The event which Mr. Cairney testified caused him to lose control was Mr. Ferguson telling him he was a goof and that he would do what he wanted to with Fran, said as he walked away from Mr. Cairney who had just told him to come back. That event must be considered in the context of what occurred just before and in the context of Mr. Cairney’s knowledge of the history of domestic violence between Mr. Ferguson and Ms. Rosenthal. . . .

You must take into account everything that was said or done at the time and must also consider Mr. Cairney and

tu ne travailles pas, qu’elle t’achète de la bière et d’autres choses, et qu’elle satisfait tous tes caprices et, chaque fois que quelque chose te fait chier, tu te sers d’elle comme d’un sac de frappe.

[78] Ce sont les propos suivants qui l’auraient fait disjoncter : [TRADUCTION] « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec Fran. » La provocation de M. Ferguson n’a pas consisté à réagir avec mépris au fait que M. Cairney braquait une arme sur lui, mais à affirmer haut et fort qu’il persisterait dans le comportement que ce dernier lui reprochait, à savoir « rouer [M^{me} Rosenthal] de coups » et se servir d’elle comme d’un « sac de frappe ».

[79] Les faits de l’espèce montrent la faiblesse de la thèse selon laquelle l’application de la défense de provocation dépend de la question de savoir « qui a déclenché » l’affrontement auquel la victime et l’accusé ont pris part tour à tour. Soustraire le moyen de défense à l’examen du jury revient à conclure que M. Cairney a déclenché un « affrontement violent ». Or, un autre point de vue veut que M. Ferguson ait déclenché l’affrontement en se mettant à insulter et à menacer la cousine de M. Cairney, ce qui, au vu de la violence conjugale à laquelle M. Ferguson s’était inlassablement livré jusqu’alors, pouvait raisonnablement être considéré d’emblée comme le prélude d’une nouvelle agression brutale.

[80] La juge Bielby a donc eu raison de soumettre la défense de provocation à l’appréciation du jury. Son examen de la preuve eu égard à l’élément objectif du moyen de défense est irréfutable :

[TRADUCTION] Selon son témoignage, M. Cairney aurait perdu la maîtrise de soi lorsque M. Ferguson l’a traité d’épais et affirmé qu’il ferait ce qu’il voulait de Fran, des propos qu’il a tenus en s’éloignant de M. Cairney alors que ce dernier lui enjoignait de revenir. Il faut tenir compte de ce qui s’était produit juste avant et du fait que M. Cairney connaissait les antécédents de violence conjugale de M. Ferguson vis-à-vis de M^{me} Rosenthal. . . .

Il faut prendre en considération tout ce qui a alors été dit ou fait, ainsi que la relation entre MM. Cairney et

Mr. Ferguson's relationship and history. This includes evidence of Mr. Cairney's knowledge of prior incidents when Mr. Ferguson had struck or been violent toward Ms. Rosenthal, including the one he personally witnessed the prior summer when he saw Mr. Ferguson place his knee on her neck, leaving her almost unconscious, where Mr. Cairney intervened to pull Mr. Ferguson off her, the fact that she told Mr. Cairney she thought she was going to die that night in a conversation held with him in January 2007 and the fact Mr. Cairney was attempting to scold Mr. Ferguson over his demeaning and violent treatment of Fran over the years.

[81] The majority would, however, remove the defence of provocation from the jury solely because Ferguson's words "fell within a range of predictable responses" to what it calls a "gunpoint lecture". While Ferguson's dismissive *attitude* towards Cairney might have been predictable, it would, in my view, be open for a jury to infer from the full context of this case that an ordinary person would not predict Ferguson's response that he would keep beating Rosenthal if he felt like it.

[82] This Court said in *Tran* that the objective element of the defence of provocation should be informed by contemporary norms, including *Charter* values. These do not include aggressively proprietary atavistic attitudes. It is therefore troubling, with respect, to conclude that it was "predictable" for Ferguson to react to Cairney's warning by confirming his intention to continue inflicting domestic violence. It is difficult to accept that an expressed intention to continue assaulting a spouse could ever be considered "predictable".

[83] It is true that "[t]he law does not condone the initiation of gunpoint lectures", as the majority observes. The law never condones the conduct that gives rise to the defence of provocation. That is why provocation is only a partial defence, reducing the offence from murder to manslaughter and why the defence of provocation in the circumstances of this case in no way absolves the accused. Cairney's

Ferguson, de même l'histoire de cette relation. Ce qui comprend le témoignage de M. Cairney selon lequel il était au courant des incidents où M. Ferguson avait frappé ou brutalisé sa conjointe, y compris celui dont il avait été personnellement témoin l'été précédent lorsqu'il avait vu M. Ferguson presser son genou contre le cou de M^{me} Rosenthal, qui avait presque suffoqué, et où il était intervenu pour mettre fin à l'agression, le fait que, lors d'une conversation en janvier 2007, M^{me} Rosenthal lui a dit qu'elle avait cru mourir cette fois-là et le fait qu'il tentait de convaincre M. Ferguson de renoncer, vis-à-vis de Fran, au comportement dégradant et violent qui était le sien depuis des années.

[81] Les juges majoritaires sont néanmoins d'avis d'écarter la défense de provocation pour le seul motif que les propos de M. Ferguson « faisai[ent] partie [des réactions] prévisibles » à ce qu'ils qualifient de « sermon à la pointe du fusil ». L'*attitude* méprisante de M. Ferguson à l'endroit de M. Cairney était peut-être prévisible, mais j'estime qu'un jury aurait pu inférer du contexte global qu'une personne ordinaire n'aurait pas prévu que la réaction de M. Ferguson soit d'affirmer qu'il continuerait de battre M^{me} Rosenthal à son gré.

[82] Dans *Tran*, notre Cour affirme que l'élément objectif de la défense de provocation doit être défini en fonction des normes contemporaines, ce qui englobe les valeurs de la *Charte*, mais non des attitudes violemment possessives et primitives. Il est donc troublant, à mon humble avis, de conclure qu'il était « prévisible » que M. Ferguson réagisse à la mise en garde de M. Cairney en confirmant son intention de commettre d'autres actes de violence conjugale. Il est difficile de voir une réaction « prévisible » dans l'intention exprimée de continuer à agresser sa conjointe.

[83] Comme le font observer à juste titre les juges majoritaires, « [l]e droit ne tolère pas le sermon à la pointe du fusil ». Elle ne tolère jamais le comportement qui donne ouverture à la défense de provocation. C'est pourquoi la provocation n'offre qu'un moyen de défense partiel, de sorte que l'infraction de meurtre soit réduite à celle d'homicide involontaire coupable. Cela explique en outre que, dans les

nine-year prison sentence was based on the fact that he caused Ferguson's death by using a firearm in the dispute.

[84] I would allow the appeal and restore the conviction and nine-year sentence for manslaughter.

Appeal dismissed, FISH and ABELLA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Depoe and Bottos, Edmonton; Pringle Chivers Sparks, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

circonstances de l'espèce, le moyen de défense n'emporte pas l'absolution de l'accusé. M. Cairney a été condamné à une peine de neuf ans d'emprisonnement pour avoir causé la mort de M. Ferguson en utilisant une arme à feu lors de l'affrontement.

[84] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine de neuf ans d'emprisonnement infligée pour homicide involontaire coupable.

Pourvoi rejeté, les juges FISH et ABELLA sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Depoe and Bottos, Edmonton; Pringle Chivers Sparks, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Bill James Pappas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PAPPAS

2013 SCC 56

File No.: 34951.

2013: April 26; 2013: October 25.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether victim’s provoking comments were sudden, in the sense that accused was caught unprepared and surprised by them — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

In 2006, K’s lifeless body was discovered. He had been shot twice. Days later, P was arrested. He confessed to killing K. According to P, K had been extorting money from him for 18 months by threatening to reveal details about his offshore investments to the Canada Revenue Agency, and by threatening to harm his mother if he chose to stop paying or went to the police. P decided that he had had enough. He went to K’s home to end the extortion and threats. He brought along a loaded handgun in order to intimidate K but did not immediately take out his gun. Rather, he attempted to get K to agree to put an end to the extortion. K responded that he would continue the extortion and that he had “great fucking insurance”, a comment that P took as an implied threat against his mother. At this point, P said he “snapped”. He retrieved his gun and shot K in the back and then in the head.

P was charged with second degree murder. At the trial by jury, P admitted to killing K but argued that the defence of provocation applied. Finding that there was some evidence on the objective and subjective elements of the defence of provocation, the trial judge left the defence with the jury. The jury rejected the defence, and found P guilty of second degree murder. He appealed his

Bill James Pappas *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PAPPAS

2013 CSC 56

N° du greffe : 34951.

2013 : 26 avril; 2013 : 25 octobre.

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

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et rendaient-ils le moyen de défense vraisemblable? — Les remarques provocatrices de la victime ont-elles été soudaines au sens où elles étaient inattendues et ont pris l’accusé par surprise? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

En 2006, le corps sans vie de K a été découvert. Il avait été abattu de deux coups de feu. Quelques jours plus tard, P a été arrêté et a avoué avoir tué K. Il a déclaré que K lui avait extorqué de l’argent pendant 18 mois sous la menace de révéler à l’Agence du revenu du Canada ses placements à l’étranger et de s’en prendre à sa mère s’il cessait de payer ou s’il s’adressait à la police. Il en avait eu assez et s’était rendu chez K pour faire cesser l’extorsion et les menaces. Il avait emporté un pistolet chargé pour intimider K, mais il ne l’avait pas sorti immédiatement une fois chez ce dernier. Il avait plutôt tenté de le convaincre de mettre un terme à l’extorsion. K avait répondu qu’il continuerait de lui extorquer de l’argent et qu’il disposait d’« une super garantie », une mention dans laquelle P avait vu une menace proférée implicitement contre sa mère. P aurait alors « disjoncté ». Il avait sorti son pistolet et tiré sur K, l’atteignant au dos, puis à la tête.

P a été accusé de meurtre au deuxième degré. Lors de son procès devant jury, il a avoué avoir tué K, mais il a fait valoir que la défense de provocation s’appliquait. Concluant à l’existence d’une certaine preuve des éléments objectif et subjectif de la défense, la juge du procès l’a soumise au jury, qui l’a rejetée et a déclaré P coupable de meurtre au deuxième degré. P a interjeté

conviction, arguing *inter alia* that the trial judge erred in her instructions to the jury on provocation. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the defence of provocation was properly left with the jury and that there were no errors in the instructions to the jury.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: On the evidence in this case, there was no air of reality to the defence of provocation and the defence should not have been left to the jury. The conviction for second degree murder, however, is affirmed.

Where the evidence requires the drawing of inferences in order to establish the objective or subjective elements of the defence of provocation, the trial judge may engage in a limited weighing to determine whether the elements of the defence can reasonably be inferred from the evidence. For the purposes of the application of the air of reality test, we must assume that the version of events described in an accused's confession is true. That said, an air of reality cannot spring from bare, unsupported assertions by the accused. Defences supported only by bald assertions that cannot reasonably be borne out by the evidence, viewed in its totality, should be kept from the jury.

K's threat against the safety of P's mother and the history of the relations between K and P, provide a minimal evidential foundation for the objective element of the defence. However there was no air of reality to the subjective element of the defence of provocation. That element includes a requirement of "suddenness" which applies to both the act of provocation and the accused's reaction to it. The trial judge committed an error of law by only considering whether there was evidence to support the contention that P had killed K before there was time for his passion to cool. She did not examine whether the record could support a finding that K's provoking comments were sudden, in the sense that P was subjectively caught unprepared and surprised by them.

The record cannot reasonably support an inference that P was caught unprepared by K's statements as K had made similar statements repeatedly in the past. Viewed in its totality, the evidence suggests that before setting out to visit K, P contemplated the possibility that K would persist with his extortion and threats, and that in that case, he would need to kill K to end them. A contention that P

appel du verdict de culpabilité au motif, entre autres, que les directives données au jury sur la défense de provocation étaient erronées. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel et conclu que la défense de provocation avait été soumise à juste titre au jury et que les directives de la juge du procès n'étaient entachées d'aucune erreur.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : Au vu des éléments de preuve au dossier, la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance et n'aurait pas dû être soumise à l'appréciation du jury. Le verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré est toutefois confirmé.

Lorsque la preuve exige que des inférences soient tirées pour établir les éléments objectif et subjectif de la défense de provocation, le juge du procès peut se livrer à une évaluation limitée afin de déterminer si ces éléments peuvent raisonnablement être inférés de la preuve. Aux fins de l'application du critère de la vraisemblance, nous devons tenir pour véridique la version des faits qui figure dans les aveux de l'accusé. Cela dit, la vraisemblance ne peut découler de ce qui n'est qu'une assertion non étayée de la part de l'accusé. Le moyen de défense fondé sur de simples affirmations qui ne peuvent pas raisonnablement être étayées par la preuve considérée dans son ensemble ne doit pas être soumis à l'appréciation du jury.

La menace contre la sécurité de la mère de P et l'histoire des relations entre K et lui apportent un fondement probant minimal à l'élément objectif du moyen de défense. Toutefois, le volet subjectif de la défense de provocation est dépourvu de vraisemblance, car son existence exige la « soudaineté » tant de la provocation que de la réaction de l'accusé à celle-ci. La juge du procès a commis une erreur de droit en se demandant seulement si une preuve étayait la prétention de P selon laquelle il avait tué K avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Elle ne s'est pas demandé si le dossier permettait de conclure que les remarques provocatrices de K avaient été soudaines, c'est-à-dire si elles avaient subjectivement pris P par surprise.

Le dossier ne peut raisonnablement étayer la conclusion selon laquelle les propos de K ont pris P par surprise étant donné que K s'était exprimé dans le même sens maintes fois dans le passé. Considérée dans son ensemble, la preuve donne à penser qu'avant de se rendre chez K, P avait envisagé la possibilité que K continue de lui extorquer de l'argent et de le menacer et qu'il lui

was caught unprepared is outside the range of reasonable inferences that can be drawn from this evidence. It is supported by little more than P's bald assertions that he "snapped" and "everything was just automatic".

Per Fish J.: The trial judge did not err in leaving to the jury the defence of provocation, nor did she commit a reviewable error in instructing the jury as she did.

Where there is direct evidence as to all elements of a defence, the trial judge must put the defence to the jury. Whether the evidence is true, or at least raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused, is a matter ultimately reserved to the jury. In this case, the accused's evidence at trial constitutes direct evidence and relates the facts upon which his defence of provocation rests. Accordingly, the appellant discharged his evidentiary burden with respect to both the objective and subjective components of his defence of provocation. The mere fact that the deceased had made similar threats in the past does not mean that the accused would have anticipated, or been prepared for, subsequent threats of the same sort. A reiterated threat or insult can cause a previously unprovoked person to "snap". Here, the alleged provocative act was not the deceased's failure to end the extortion; rather, it was his sudden utterance — "I got great fucking insurance" — which P understood as a threat to his mother's life. P's detailed evidence of the circumstances surrounding the alleged provocation can hardly be equated with a "bare assertion" that he was provoked. The passages in P's confession identified by the Chief Justice as supporting a loss of self-control constitute direct evidence of the suddenness of the provocation and must be taken as true. Whether those passages are inconsistent with other evidence, however, is a determination that must properly be left to the jury. In the result, the appeal fails for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R.

faudrait alors le supprimer pour mettre fin au chantage. La prétention voulant que P ait été surpris ne fait pas partie des conclusions raisonnables qu'il est possible de tirer de la preuve. Elle ne prend appui que sur les affirmations de P selon lesquelles il avait « disjoncté », « tout se déroulant ensuite automatiquement ».

Le juge Fish : La juge du procès n'a pas eu tort de soumettre au jury la défense de provocation, et ses directives au jury ne sont pas non plus entachées d'une erreur susceptible de contrôle.

Dans le cas où il y a une preuve directe pour chacun des éléments d'un moyen de défense, le juge du procès doit soumettre celui-ci à l'appréciation du jury. Quant à savoir si la preuve est véridique ou si elle soulève au moins un doute raisonnable en ce qui a trait à la culpabilité de l'accusé, il appartient ultimement au jury d'en décider. En l'espèce, la preuve présentée au procès par l'appelant est directe et se rapporte aux faits sur lesquels s'appuie sa défense de provocation. Par conséquent, l'appelant s'est acquitté de sa charge de présentation en ce qui concerne les éléments objectif et subjectif du moyen de défense. Le seul fait que le défunt a proféré des menaces semblables dans le passé ne permet pas de tenir pour acquis que l'accusé a prévu les mêmes menaces formulées subséquentement ou qu'il y était préparé. Lorsqu'elle est répétée, une menace ou une insulte peut faire « disjoncter » une personne alors qu'elle ne l'avait pas provoquée auparavant. En l'espèce, l'acte provocateur allégué n'était pas l'omission du défunt de mettre fin à l'extorsion, mais son affirmation soudaine — « j'ai une super garantie » — que M. Pappas a interprétée comme une menace d'attenter à la vie de sa mère. On ne saurait voir dans le témoignage détaillé de P sur les circonstances de la provocation alléguée une « simple affirmation » qu'il a été provoqué. Les extraits de ses aveux qui, selon la Juge en chef, étaient la perte de maîtrise de soi constituent une preuve directe du caractère soudain de la provocation et ils doivent être tenus pour avérés. Or, déterminer si ces extraits sont conciliables ou non avec d'autres éléments de preuve est une tâche qui incombe bel et bien au jury. Le pourvoi devrait donc être rejeté pour les motifs sur lesquels se fondent les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002]

3; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438.

By Fish J.

Referred to: *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), (f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Rowbotham JJ.A.), 2012 ABCA 221, 533 A.R. 294, 65 Alta. L.R. (5th) 359, 288 C.C.C. (3d) 323, 264 C.R.R. (2d) 211, 557 W.A.C. 294, [2012] A.J. No. 716 (QL), 2012 CarswellAlta 1191, affirming the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Michael Bates, Jennifer Ruttan and Geoff Ellwand, for the appellant.

Jolaine Antonio, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Background

[1] On November 10, 2006, Brian Kullman's body was discovered in the Elbow Falls area southwest of

2 R.C.S. 3; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(d), (f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Rowbotham), 2012 ABCA 221, 533 A.R. 294, 65 Alta. L.R. (5th) 359, 288 C.C.C. (3d) 323, 264 C.R.R. (2d) 211, 557 W.A.C. 294, [2012] A.J. No. 716 (QL), 2012 CarswellAlta 1191, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Michael Bates, Jennifer Ruttan et Geoff Ellwand, pour l'appelant.

Jolaine Antonio, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Contexte

[1] Le 10 novembre 2006, le corps de Brian Kullman a été découvert dans la région de Elbow

Calgary, Alberta. He had been shot twice — once in the back, and once in the head.

[2] Five days later, the appellant, Bill Pappas, was arrested as he was about to board a plane for London, England. The police interrogated him and he confessed to killing Kullman.

[3] Pappas explained to the police his version of the events leading to Kullman's death. Pappas contended that Kullman had been extorting money from him for approximately 18 months by threatening to reveal details about his offshore investments to the Canada Revenue Agency, and by threatening to harm his mother if he chose to stop paying or went to the police. According to Pappas, two of Kullman's associates had visited his mother as a threatening gesture, and had thereafter told him, "You say no to Brian — you say no to Brian and next time it won't be a social visit": A.R., vol. II, at p. 239.

[4] Pappas, as he put it, decided that he had had enough. He loaded his 9 millimetre handgun with four hollow point bullets and went to Kullman's condominium. The ostensible purpose of the visit was to store a bicycle in Kullman's basement. The real purpose was to end the extortion and threats. Pappas told the police that he brought the gun along only to intimidate Kullman. But he also explained that he chose this kind of bullet because it was particularly lethal.

[5] During his visit to the condominium, Pappas raised the subject of extortion several times with Kullman, attempting to get him to agree to put an end to it. He did not immediately take out his gun, but instead kept it concealed on his hip. On the way to the basement where the bike would be stored, Pappas tried one more appeal, saying, "Brian, just please — let's just end this". In response, Kullman said, "Buddy, why the fuck should I? You're the best cash out I have and I got great fucking insurance": A.R., vol. II, at p. 241.

Falls, au sud-ouest de Calgary, en Alberta. La victime avait été abattue de deux balles, l'une au dos, l'autre à la tête.

[2] Cinq jours plus tard, l'appelant, Bill Pappas était arrêté au moment où il s'apprêtait à s'envoler pour Londres, en Angleterre. Lors de son interrogatoire, il a avoué aux policiers avoir tué M. Kullman.

[3] M. Pappas a donné aux policiers sa version des événements qui avaient mené au décès de M. Kullman. Il a soutenu que, pendant environ 18 mois, ce dernier lui avait extorqué de l'argent sous la menace de révéler à l'Agence du revenu du Canada ses placements à l'étranger et de s'en prendre à sa mère s'il cessait de payer ou s'il s'adressait à la police. Toujours selon M. Pappas, deux associés de M. Kullman avaient d'ailleurs rendu visite à sa mère en guise d'avertissement et lui avaient ensuite dit : [TRADUCTION] « Tu dis non à Brian — tu dis non à Brian et la prochaine fois, ça ne sera pas une visite de courtoisie » (d.a., vol. II, p. 239).

[4] M. Pappas en aurait eu assez. Il a chargé son pistolet 9 millimètres de quatre balles à pointe creuse et s'est rendu chez M. Kullman. Le prétexte de la visite était d'y entreposer un vélo au sous-sol, mais le but réel était de mettre fin à l'extorsion et aux menaces. M. Pappas a prétendu avoir emporté le pistolet seulement pour intimider M. Kullman. Cependant, il a ajouté avoir choisi les balles en question parce qu'elles étaient particulièrement mortelles.

[5] Une fois chez M. Kullman, M. Pappas a abordé le sujet de l'extorsion plusieurs fois et tenté de le convaincre d'y mettre un terme. Il n'a pas sorti immédiatement l'arme dissimulée contre sa hanche. Pendant que les deux hommes se rendaient au sous-sol, où le vélo devait être entreposé, M. Pappas a imploré M. Kullman une dernière fois : [TRADUCTION] « Brian, je t'en prie, il faut arrêter ». Ce dernier lui a répondu : « Mon vieux, pour quelle raison est-ce que je le ferais? C'est toi qui me rapportes le plus, et j'ai une super garantie » (d.a., vol. II, p. 241).

[6] Pappas took the reference to “insurance” as an implied threat against his mother. At this point, he said, he just “snapped”, his “mind shut down and everything was just automatic”: A.R., vol. III, at p. 64, and vol. II, at p. 304. He retrieved the gun, cocked the hammer, and shot Kullman in the back at close range. Kullman screamed and began to fall, and Pappas fired again. Finally, as the victim lay on the floor in distress, Pappas moved the handgun to within 7 or 8 inches of Kullman’s head and shot him in the left side of his head.

[7] Pappas pulled Kullman’s body up the stairs and loaded it in Kullman’s car. After returning to the basement and setting a fire to cover his tracks, he drove to Elbow Falls where he rolled the body down an embankment. Several days later, he also disposed of Kullman’s credit card and of blood-stained clothes in the garbage cans behind a convenience store and a gas station.

[8] In his confession, Pappas admitted that he had forged a cheque from Kullman to himself for \$2,500 and deposited it into his bank account, and that he had used Kullman’s credit card.

[9] Throughout, Pappas insisted that he had murdered Kullman to save his mother from harm.

[10] Pappas was charged with second degree murder for the killing of Kullman.

II. The Trial and Appeal

[11] At the trial by jury, Pappas’ confession was entered by the Crown as evidence. Pappas did not testify, but relied on his confession as evidence on the issue of provocation. Maintaining that he “snapped” and killed Kullman following the implied threat to harm his mother, he argued that the defence of provocation applied to reduce the verdict from murder to manslaughter.

[6] M. Pappas a vu dans la mention de cette « garantie » une menace implicite contre sa mère. Il a dit avoir alors juste [TRADUCTION] « disjoncté », puis « perdu la raison, tout se déroulant ensuite automatiquement » (d.a., vol. III, p. 64, et vol. II, p. 304). Il a sorti son pistolet, armé le chien et tiré sur M. Kullman à bout portant dans le dos. Ce dernier a crié et, alors qu’il allait s’écrouler, M. Pappas a tiré à nouveau. Enfin, tandis que la victime gisait impuissante au sol, M. Pappas a approché l’arme à 7 ou 8 pouces du côté gauche de sa tête et a tiré.

[7] M. Pappas a hissé le corps de M. Kullman au haut de l’escalier et l’a mis dans la voiture de la victime. Après être retourné au sous-sol et y avoir mis le feu pour brouiller les pistes, il a pris le volant de la voiture pour se rendre à Elbow Falls, où il a fait rouler le corps le long d’un talus. Quelques jours plus tard, il a jeté la carte de crédit de la victime dans une poubelle derrière un dépanneur et des vêtements tachés de sang derrière une station-service.

[8] Dans ses aveux, M. Pappas a reconnu avoir libellé à son nom un chèque de M. Kullman au montant de 2 500 \$, avoir déposé la somme dans son compte bancaire et avoir utilisé la carte de crédit de la victime.

[9] Il a toujours soutenu avoir tué M. Kullman pour protéger sa mère.

[10] M. Pappas a été accusé du meurtre au deuxième degré de M. Kullman.

II. Jugements de première instance et d’appel

[11] Au procès devant jury, le ministère public a produit en preuve les aveux de M. Pappas, lequel n’a pas témoigné et s’en est remis à ses aveux pour étayer la défense de provocation. Comme il soutenait avoir « disjoncté » puis tué M. Kullman après que celui-ci l’eût implicitement menacé de s’en prendre à sa mère, il a fait valoir que la défense de provocation s’appliquait de manière à réduire l’accusation de meurtre à celle d’homicide involontaire coupable.

[12] The trial judge initially took the view that the provocation defence lacked an air of reality. However, after hearing defence submissions on the matter, she concluded:

I am satisfied that if the jury were to believe the evidence of Mr. Pappas on this issue of provocation properly, there is some evidence upon which a reasonable jury properly instructed could find there has been provocation. I acknowledge that the evidence on the objective and subjective test is not strong. But it is there. [A.R., vol. I, at p. 5]

[13] The jury rejected the defence of provocation, and found Pappas guilty of second degree murder.

[14] Pappas appealed his conviction, arguing *inter alia* that the trial judge's instructions to the jury on provocation contained several errors. The Crown argued that the instructions were error-free. In addition, the Crown contended that there was no air of reality to the defence and that it never should have been left with the jury.

[15] The majority of the Court of Appeal, *per* O'Brien and Rowbotham J.J.A., dismissed the appeal. It held that the defence of provocation was properly left with the jury and that there were no errors in the instructions to the jury: 2012 ABCA 221, 533 A.R. 294.

[16] Berger J.A., dissenting, agreed with the majority that the defence was properly left with the jury but found several errors in the instructions to the jury.

[17] Mr. Pappas now appeals to this Court. Before us, four issues arise:

(1) Was the defence of provocation properly left to the jury? (The Crown contends it was not, making it unnecessary for this Court to consider whether the charge on the defence was in error.)

[12] La juge du procès a d'abord estimé que la provocation était dépourvue de vraisemblance, mais après avoir entendu la thèse de la défense s'y rapportant, elle a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Je suis convaincue que, si le jury ajoutait foi au témoignage de M. Pappas concernant la provocation, certains éléments de preuve permettraient à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de conclure à la provocation. Je reconnais que la preuve des volets objectif et subjectif de la provocation est ténue, mais elle existe. [d.a., vol. I, p. 5]

[13] Le jury a rejeté la défense de provocation et déclaré M. Pappas coupable de meurtre au deuxième degré.

[14] M. Pappas a interjeté appel de la déclaration de culpabilité, notamment au motif que les directives de la juge du procès sur la provocation comportaient plusieurs erreurs. Le ministère public a plaidé que les directives étaient exemptes d'erreurs, que la provocation alléguée était dépourvue de vraisemblance et qu'elle n'aurait jamais dû être soumise à l'appréciation du jury.

[15] Sous la plume des juges O'Brien et Rowbotham, les juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent l'appel. Ils concluent que la défense de provocation a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et que les directives au jury n'étaient entachées d'aucune erreur (2012 ABCA 221, 533 A.R. 294).

[16] Dissident, le juge Berger convient avec les juges majoritaires que la défense a été soumise à juste titre au jury, mais il relève plusieurs erreurs dans les directives.

[17] M. Pappas se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour. L'appel soulève les quatre questions suivantes :

(1) Convenait-il de soumettre au jury le moyen de défense de la provocation? (Le ministère public soutient que ce n'était pas le cas et qu'il est dès lors inutile que notre Cour détermine si les directives sur le moyen de défense étaient erronées.)

(2) Did the trial judge fail to adequately instruct the jury that the post-offence conduct had no bearing on the issue of provocation?

(3) Did the trial judge misstate the accused's motive?

(4) Did the trial judge err by stating the suddenness instruction disjunctively, requiring rejection of the defence if either the extortion or the threat was not sudden?

[18] For the reasons that follow, I would accept the Crown's argument that there was no air of reality to the defence of provocation. This makes it unnecessary for me to consider the other issues raised by the appellant.

III. Discussion

[19] For ease of reference, I set out s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the

(2) La juge du procès a-t-elle bien indiqué au jury que les actes postérieurs à l'infraction n'avaient pas d'incidence sur l'existence ou l'inexistence de la provocation?

(3) A-t-elle correctement exposé le mobile de l'accusé?

(4) A-t-elle eu tort de formuler de manière disjunctive sa directive sur la soudaineté et de contraindre ainsi le jury à rejeter le moyen de défense si l'extorsion ou la menace n'avait pas été soudaine?

[18] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de faire droit à la thèse du ministère public selon laquelle la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les autres questions.

III. Analyse

[19] Pour faciliter sa consultation, je reproduis le texte de l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 :

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que

accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

Was the Defence of Provocation Properly Left to the Jury?

[20] The Crown contends that on the evidence in this case, there was no air of reality to the defence of provocation. I agree. I will first discuss the air of reality test, and then the objective and subjective elements of the defence of provocation.

(1) The Air of Reality Test

[21] As discussed in the companion case *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420, before leaving the defence to the jury, the trial judge must find that there is an air of reality on both the objective and subjective elements of the defence. The question is whether a properly instructed jury acting reasonably could be left in a state of reasonable doubt as to whether the accused is guilty of murder, on the basis of the defence of provocation. There must be an evidential foundation for both the objective and subjective elements of the defence, which s. 232(3) of the *Criminal Code* states are questions of fact.

[22] The air of reality test requires courts to tread a fine line: it requires more than “some” or “any” evidence of the elements of a defence, yet it does not go so far as to allow a weighing of the substantive merits of a defence: *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21. A trial judge applying the air of reality test cannot consider issues of credibility and reliability, weigh evidence substantively, make findings of fact, or draw determinate factual inferences: *R. v. Cinous*,

l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

Convenait-il de soumettre au jury la défense de provocation?

[20] Le ministère public soutient que, au vu des éléments de preuve au dossier, la provocation alléguée était dépourvue de vraisemblance. J'en conviens. Je me pencherai d'abord sur le critère de la vraisemblance, puis sur les volets objectif et subjectif de la défense de provocation.

(1) Le critère de la vraisemblance

[21] Comme je l'explique dans le pourvoi connexe *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420, avant de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury, le juge du procès doit conclure que la défense de provocation est vraisemblable eu égard à ses éléments objectif et subjectif. Il s'agit de déterminer si un jury agissant raisonnablement pourrait avoir un doute raisonnable, fondé sur la défense de provocation, quant à savoir si l'accusé est coupable de meurtre. Tant l'élément objectif que l'élément subjectif, dont l'existence constitue une question de fait suivant le par. 232(3) du *Code criminel*, doivent être étayés par la preuve.

[22] Le critère de la vraisemblance oblige le tribunal à établir une distinction subtile en ce qu'il exige davantage qu'« une » ou « quelque » preuve des éléments requis sans permettre pour autant l'examen au fond de l'applicabilité du moyen de défense (*R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, par. 21). Le juge du procès qui applique ce critère ne peut se prononcer sur la crédibilité et la fiabilité, apprécier la valeur probante de la preuve sur le fond, tirer des conclusions de fait ou se livrer

2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 87; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 12. However, where appropriate, the trial judge can engage in a “limited weighing” of the evidence, similar to that conducted by a preliminary inquiry judge when deciding whether to commit an accused to trial: see *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, cited by McLachlin C.J. and Bastarache J. in *Cinous*, at para. 91.

[23] The ability of the trial judge to engage in “limited weighing” depends on the type of evidence on the record. “If there is direct evidence as to every element of the defence, whether or not it is adduced by the accused, the trial judge must put the defence to the jury”: *Cinous*, at para. 88. The trial judge may not engage in any weighing of direct evidence, since this would require a consideration of the inherent reliability of the evidence.

[24] “Direct evidence is evidence which, if believed, resolves a matter in issue”: *Cinous*, at para. 88, citing D. Watt, *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (2001), at § 8.0. However, “the mere assertion by the accused of the elements of a defence does not constitute direct evidence, and will not be sufficient to put the defence before a jury”: *Cinous*, at para. 88. An air of reality “cannot spring from what amounts to little more than a bare, unsupported assertion by the accused”, which is otherwise inconsistent with the totality of the accused’s own evidence: *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 35, *per* L’Heureux-Dubé J. For example, in *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403, this Court, *per* Wagner J., suggested that a single statement made by an accused that is otherwise inconsistent with the accused’s “principal narrative” is insufficient to give an air of reality to a defence: paras. 60-61.

[25] Where the evidence instead requires the drawing of inferences in order to establish the elements of a defence, the trial judge may engage in a limited weighing to determine whether the elements of the

à des inférences de fait précises (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 87; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 12). Cependant, le juge qui l’estime opportun peut se livrer à une « évaluation limitée » de la preuve de la nature de celle qui a lieu à l’enquête préliminaire pour décider s’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès (voir *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, cité par la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache dans *Cinous*, par. 91).

[23] Cette faculté de se livrer à une « évaluation limitée » dépend du type de preuve au dossier. « S’il existe une preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense, peu importe qu’elle ait été produite ou non par l’accusé, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury » (*Cinous*, par. 88). Il ne peut se livrer à une évaluation de la preuve directe car il devrait alors se pencher sur la fiabilité intrinsèque de la preuve.

[24] [TRADUCTION] « Une preuve directe est une preuve qui, si l’on y ajoute foi, règle la question en litige » (*Cinous*, par. 88, citant D. Watt, *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (2001), § 8.0). Cependant, « la simple affirmation que les éléments d’un moyen de défense existent ne constitue pas une preuve directe et n’est pas suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury » (*Cinous*, par. 88). La vraisemblance « ne peut découler de ce qui n’est qu’une simple assertion non étayée de l’accusé », lorsque celle-ci est par ailleurs inconciliable avec l’ensemble de la preuve offerte par l’accusé (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 35, la juge L’Heureux-Dubé). Par exemple, dans *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Wagner) laissent entendre qu’une seule mention de l’accusé par ailleurs inconciliable avec son « récit principal » ne suffit pas à rendre vraisemblable l’application d’un moyen de défense (par. 60-61).

[25] Lorsque la preuve exige plutôt que soient tirées des inférences pour établir les éléments d’un moyen de défense, le juge du procès peut se livrer à une évaluation limitée dans le but de déterminer

defence can reasonably be inferred from the evidence. “The judge does not draw determinate factual inferences, but rather comes to a conclusion about the field of factual inferences that could reasonably be drawn from the evidence”: *Cinous*, at para. 91. In conducting this limited weighing, the trial judge must examine the totality of the evidence: *Cinous*, at para. 53; *Park*, at para. 13, *per* L’Heureux-Dubé J.

[26] As discussed in *Cairney*, in cases where there is a real doubt as to whether the air of reality test is met, the defence of provocation should be left to the jury. However, this principle does not exempt the trial judge from engaging in a limited weighing of the evidence, where appropriate. The fact remains that the trial judge exercises a gatekeeper role in keeping from the jury defences that have no evidential foundation. Defences supported only by bald assertions that cannot reasonably be borne out by the evidence, viewed in its totality, should be kept from the jury.

[27] In the present appeal, Pappas relies upon his confession as providing the grounds for the defence of provocation. For the purposes of the application of the air of reality test, we must assume that the version of events described in that confession is true: *Cinous*, at paras. 53 and 119. The question is whether a properly instructed jury acting reasonably could be left in a state of reasonable doubt as to the presence of each of the elements of the defence of provocation. There must be an evidential foundation for both the objective and subjective elements of the defence. I will now examine each of these in turn.

(2) The Objective Element

[28] The objective element asks whether there was a wrongful act or insult by the deceased, sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. Pappas argues that his confession provides evidence of a wrongful act or insult, in the form of Kullman’s statement that he had “great

si ces éléments peuvent raisonnablement être inférés de la preuve. « Le juge ne fait pas d’inférences de fait précises, mais il arrive plutôt à une conclusion concernant les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites au vu de la preuve » (*Cinous*, par. 91). Dans cette évaluation limitée, le juge du procès doit examiner la preuve en entier (*Cinous*, par. 53; *Park*, par. 13, la juge L’Heureux-Dubé).

[26] Comme il est dit dans l’arrêt *Cairney*, lorsque le respect du critère de la vraisemblance suscite un doute véritable, la défense de provocation doit être soumise à l’appréciation du jury. Cependant, le juge du procès n’est pas pour autant libéré de son obligation de soumettre la preuve à une évaluation limitée dans les cas qui s’y prêtent. Il s’acquitte de son rôle de gardien de la loi lorsqu’il soustrait à l’appréciation du jury un moyen de défense dénué de fondement probant. Le moyen de défense fondé sur de simples affirmations qui ne peuvent être raisonnablement étayées par la preuve considérée dans son ensemble ne doit pas être soumis à l’appréciation du jury.

[27] Dans le présent pourvoi, M. Pappas soutient que ses aveux fondent la défense de provocation. Aux fins de l’application du critère de la vraisemblable, nous devons tenir pour véridique la version des faits qui y figure (*Cinous*, par. 53 et 119). Ainsi, la question est celle de savoir si un jury agissant de manière raisonnable et ayant reçu des directives appropriées pourrait avoir un doute raisonnable quant à l’existence de chacun des éléments de la défense de provocation. Les éléments objectif et subjectif du moyen de défense doivent être étayés par la preuve. J’examine maintenant chacun de ces éléments.

(2) L’élément objectif

[28] L’élément objectif s’entend, de la part du défunt, d’une action injuste ou d’une insulte qui soit suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. M. Pappas soutient que ses aveux établissent l’existence d’une action injuste ou d’une insulte en ce que M. Kullman lui

fucking insurance”. Pappas’ confession describes a sequence of events in which he had been consistently extorted for an 18-month period and in which his mother had been the target of threats. He contends that Kullman’s reference to insurance caused him to finally snap.

[29] Unlike the companion case *Cairney*, this appeal does not raise the issue of self-induced provocation. Pappas did not initiate an aggressive confrontation. He did not confront Kullman at gunpoint; his weapon remained concealed on him until the moment when he was allegedly provoked. Nor did he approach Kullman in an otherwise aggressive manner that could predictably have induced threatening behaviour. Rather, Pappas contends that he tried to reason with Kullman, by asking him if the extortion could cease.

[30] The relevant question is thus whether an ordinary person, placed in Pappas’ circumstances, would have been deprived of self-control upon being told, “You’re the best cash out I have and I got great fucking insurance”.

[31] On the one hand, the ordinary person standard must be contextualized to take into account the history of the relations between Pappas and Kullman. Pappas had been the target of ongoing extortion and the safety of his mother had repeatedly been threatened.

[32] On the other hand, the ordinary person standard seeks to ensure that only “behaviour which comports with contemporary society’s norms and values will attract the law’s compassion”: *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 30. The particular circumstances in which the accused finds himself are relevant in determining the appropriate standard of human behaviour against which to measure the accused’s conduct: *Tran*, at para. 34. Pappas had engaged in tax evasion that Kullman was threatening to reveal to the Canada Revenue Agency. He did not go to the police with respect to Kullman’s extortion or threats. Rather, he

aurait dit qu’il disposait d’« une super garantie ». Ses aveux font état d’une suite d’événements au cours desquels on l’a inlassablement fait chanter pendant 18 mois et on a menacé de s’en prendre à sa mère. Il prétend que c’est la mention de la « garantie » par M. Kullman qui l’a finalement fait disjoncter.

[29] Contrairement au dossier connexe *Cairney*, le présent pourvoi n’a pas pour objet une provocation que l’accusé aurait lui-même induite. M. Pappas n’est pas à l’origine d’un affrontement violent. Il n’a pas menacé M. Kullman de son arme; celle-ci est restée dissimulée jusqu’au moment où il prétend avoir été provoqué. Il n’a pas non plus abordé M. Kullman d’une manière par ailleurs agressive dont on aurait pu prévoir qu’elle déclenche un comportement menaçant. M. Pappas affirme au contraire avoir tenté de raisonner M. Kullman en lui demandant de mettre fin à l’extorsion.

[30] Il faut donc se demander si, dans la même situation, une personne ordinaire aurait perdu la maîtrise de soi en entendant son interlocuteur lui dire [TRADUCTION] « C’est toi qui me rapportes le plus, et j’ai une super garantie ».

[31] D’une part, la norme de la personne ordinaire doit être adaptée au contexte que constituaient les relations antérieures entre MM. Pappas et Kullman. Le premier avait été victime d’extorsion, et la sécurité de sa mère avait maintes fois été menacée.

[32] D’autre part, la raison d’être de la norme de la personne ordinaire est de faire en sorte que seule « la personne dont le comportement respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit » (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 30). La situation particulière de l’accusé importe pour déterminer la norme de comportement humain au regard de laquelle il convient de juger sa conduite (*Tran*, par. 34). M. Pappas avait commis une fraude fiscale que M. Kullman menaçait de dénoncer à l’Agence du revenu du Canada. Au lieu de s’adresser à la police pour faire mettre fin à l’extorsion ou aux

armed himself and attempted to dissuade Kullman in person. Arguably, this behaviour runs contrary to the ordinary person standard.

[33] Nevertheless, as discussed in the companion case *Cairney*, what would suffice to cause an ordinary person to lose self-control is a question of degree that the jury is well placed to decide, and one which, in cases of doubt, should be left to the jury. The nature of Kullman's comments — a perceived threat against the safety of Pappas' mother — and the history of the relations between Kullman and Pappas, provide a minimal evidential foundation for the objective element of the defence.

(3) The Subjective Element

[34] In my view, there was no air of reality to the subjective element of the defence of provocation. The subjective element is two-fold: “. . . (1) the accused must have acted in response to the provocation; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool”: *Tran*, at para. 36.

[35] Of particular relevance to this appeal is the requirement of “suddenness”. The defence of provocation does not apply to killings that are purely the result of vengeance or of anger, without any attendant loss of self-control: *Tran*, at para. 38; *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761, at para. 10. To determine whether there was an actual loss of self-control, the common law has long asked whether the accused acted “on the sudden”. The requirement of suddenness has two dimensions: (i) the wrongful act or insult must be sudden, in that the accused is subjectively unprepared for it and is caught by surprise, and (ii) the accused must kill “on the sudden”, before there is time for his passion to cool: *Tran*, at para. 38; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443.

[36] In my view, the trial judge committed an error of law by only considering one of the two dimensions of “suddenness”. She considered whether there was evidence to support the contention that Pappas had

menaces, il s'est muni d'une arme et a tenté de convaincre M. Kullman de cesser son chantage. Un tel comportement pourrait être tenu pour non conforme à la norme de la personne ordinaire.

[33] Néanmoins, comme il est expliqué dans le pourvoi connexe *Cairney*, ce qui suffit à faire perdre la maîtrise de soi à une personne ordinaire est affaire de degré, et le jury est bien placé pour en juger; en cas de doute, le point doit être soumis à l'appréciation des jurés. La nature des propos de M. Kullman, perçus comme une menace contre la sécurité de la mère de M. Pappas, et l'historique des relations entre les deux hommes apportent un fondement probant minimal à l'élément objectif du moyen de défense.

(3) L'élément subjectif

[34] À mon avis, l'élément subjectif de la défense de provocation est dépourvu de vraisemblance. Cet élément existe à deux conditions : « . . . (1) l'accusé a agi en réaction à la provocation et (2) sous l'impulsion du moment, avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » (*Tran*, par. 36).

[35] L'exigence de la soudaineté importe particulièrement en l'espèce. La défense de provocation ne s'applique pas au meurtre que commet une personne seulement par vengeance ou parce qu'elle est en colère, sans perdre sa maîtrise d'elle-même (*Tran*, par. 38; *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761, par. 10). La common law établit depuis longtemps que, pour déterminer s'il y a eu perte de la maîtrise de soi, il faut se demander si l'accusé a agi « sous l'impulsion du moment ». Cette exigence de soudaineté comporte deux volets : (i) l'action injuste ou l'insulte doit être soudaine, c'est-à-dire avoir un effet imprévu qui surprend, et (ii) l'accusé doit commettre l'homicide involontaire « sous l'impulsion du moment », avant qu'il n'ait eu le temps de reprendre son sang-froid (*Tran*, par. 38; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, p. 443).

[36] J'estime que la juge du procès commet une erreur de droit en ne tenant compte que de l'un des deux volets. Elle se demande si une preuve étaye la prétention de M. Pappas selon laquelle il a tué

killed Kullman suddenly, before there was time for his passion to cool. Indeed, the trial judge reasoned that there was an air of reality to the subjective element on the following basis:

Mr. Pappas did say that it was the word “insurance” that set him off, and he reacted immediately to that. It is not up to me to weigh the sufficiency of that evidence. I am satisfied that there is an air of reality to the defence. [Emphasis added; A.R., vol. I, at p. 5.]

However, she did not examine whether the record could support a finding that Kullman’s provoking comments were sudden, in the sense that Pappas was subjectively caught unprepared and surprised by them. This is an error of law, as “suddenness applies to both the act of provocation and the accused’s reaction to it”: *Tran*, at para. 38.

[37] The record cannot reasonably support an inference that Pappas was caught unprepared by Kullman’s statement that he would continue the extortion and that he had “great fucking insurance”. Kullman had made similar statements repeatedly in the past. Viewed in its totality, the evidence suggests that before setting out to visit Kullman, Pappas contemplated the possibility that Kullman would persist with his extortion and threats, and that, in that case, he would need to kill Kullman to end them.

[38] The principal narrative of Pappas’ confession is that he had resolved to put an end to the extortion and to the threats against his mother, through whatever means necessary. He brought a gun loaded with hollow point bullets to his encounter with Kullman. When asked why he chose these bullets, he explained:

If you want to stop someone you use a hollow point. You don’t use a regular ball round ‘cause that goes through them. It doesn’t do any kind of damage. . . . It wasn’t supposed to be like that but it kept building up. So, I bought them. [A.R., vol. II, at p. 262]

M. Kullman sous l’impulsion du moment, avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Elle conclut en effet que l’élément subjectif est vraisemblable pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] M. Pappas a dit que c’est le mot « garantie » qui a tout déclenché et qu’il y a immédiatement réagi. Ce n’est pas à moi de déterminer si la preuve est suffisante. Je suis convaincue de la vraisemblance du moyen invoqué en défense. [Je souligne; d.a, vol. I, p. 5.]

Elle ne se demande toutefois pas si le dossier permet de conclure que les remarques provocatrices de M. Kullman ont été soudaines, c’est-à-dire si elles ont subjectivement pris M. Pappas par surprise. Il s’agit d’une erreur de droit car « [la soudaineté] s’applique [. . .] tant à l’acte de provocation qu’à la réaction de l’accusé » (*Tran*, par. 38).

[37] Le dossier ne saurait raisonnablement étayer la conclusion selon laquelle les propos de M. Kullman, à savoir qu’il continuerait de lui extorquer de l’argent et qu’il disposait d’« une super garantie », ont pris M. Pappas par surprise. M. Kullman s’était exprimé dans le même sens maintes fois dans le passé. Considérée dans son ensemble, la preuve donne à penser qu’avant de se rendre chez M. Kullman, M. Pappas avait envisagé la possibilité que M. Kullman continue de lui extorquer de l’argent et de le menacer et qu’il devrait alors le supprimer pour mettre fin au chantage.

[38] Selon le récit principal que renferment ses aveux, M. Pappas avait décidé de mettre fin par tous les moyens nécessaires à l’extorsion et aux menaces qui pesaient sur sa mère. Il s’est présenté chez M. Kullman armé d’un pistolet chargé de balles à pointe creuse. Interrogé sur le choix de ces balles, il a répondu :

[TRADUCTION] Lorsqu’on veut neutraliser quelqu’un, on utilise des balles à pointe creuse. Il ne faut pas utiliser des balles standards à bout rond car elles traversent le corps. Elles ne causent pas vraiment de dommages. [. . .] Ça ne devait pas arriver, mais la situation a continué de se dégrader. Alors, je les ai achetées. [d.a., vol. II, p. 262]

[39] At several points in his confession, Pappas referenced his decision to do whatever was necessary to end the extortion and the threats to his mother. He described that he felt that the threats left him with little choice other than to confront Kullman:

You can't imagine what it feels like being put in [a] corner and then having to choose. I didn't wanna hurt him. I didn't care about me but it was my mom. What was I supposed to? [*sic*] He gave me no choice when he sent his friends — when he sent his friends there. He gave me no choice after that. I started — I made — I made my decision. [A.R., vol. II, at p. 255]

He described how the ongoing extortion and threats led him to make the “choice”, and how “[a]fter 18 months [of extortion] it became very simple” — “[i]t was either [Kullman] or my mom”: A.R., vol. II, at p. 259-61. He went on to explain how, when he was standing outside the door to Kullman's condominium, he flashed back to the moment when Kullman's associates visited his mother. He said, “So, as soon as that image crossed my mind that's it, ‘Gun's staying with me’. . . . [Kullman] made his choice, I made mine right there”: A.R., vol. II, at p. 294. He described in detail how Kullman's repeated refusals to put an end to the extortion gradually made it clear he would have to resort to using the gun he had brought:

We just started talking about things and I was trying to tell him — I was trying to literally put my foot down right there, trying to draw the line right there. . . . And, ah, he's going, “Well, like I say, you know, I mean I've got really good insurance”, you know? “And I've got a good pay day coming up”, you know? . . . or so and he had good insurance. And it just, you know, I'm trying to talk him out of it or so. It's like I'm trying to, you know, “Don't go there, Brian. Come on, man. Don't go there”, because I had something here on my hip . . . and I'm trying to do everything I can to keep — to steer Brian away from that . . .

I mean literally every time he would open his goddamned mouth he would take one step closer to making me do

[39] Dans ses aveux, M. Pappas fait plusieurs fois mention de sa décision de faire le nécessaire pour mettre fin à l'extorsion et aux menaces dirigées contre sa mère. Il dit avoir eu le sentiment que les menaces ne lui laissaient d'autre choix que d'affronter M. Kullman :

[TRADUCTION] Vous ne pouvez imaginer ce que l'on ressent lorsque l'on est acculé au pied du mur et qu'il faut choisir. Je ne voulais pas lui faire de mal. Je ne m'en faisais pas pour moi, mais pour ma mère. Qu'est-ce que je devais faire? Je n'avais plus le choix quand il a envoyé ses amis — quand il a envoyé ses amis chez ma mère. Il ne m'a pas donné le choix après cet événement. J'ai commencé — j'ai pris — j'ai pris ma décision. [d.a., vol. II, p. 255]

Il explique en quoi l'extorsion incessante et les menaces l'ont poussé à faire ce « choix » et en quoi celui-ci [TRADUCTION] « s'est imposé de lui-même après 18 mois [d'extorsion] » — « c'était [M. Kullman] ou ma mère » (d.a., vol. II, p. 259-261). Il ajoute qu'une fois chez M. Kullman, sur le pas de la porte, il s'est souvenu du jour où les acolytes de M. Kullman avaient rendu visite à sa mère : « Alors, dès que cette image m'est apparue, c'était décidé, “je gardais le pistolet”. [. . .] [M. Kullman] avait fait son choix et j'ai alors fait le mien » (d.a., vol. II, p. 294). Il précise comment les refus répétés de M. Kullman de mettre fin à l'extorsion l'ont graduellement amené à se résoudre à utiliser le pistolet qu'il avait sur lui :

[TRADUCTION] Nous venions de commencer à discuter et j'essayais de lui dire — j'essayais de me montrer ferme, de faire en sorte que ça n'aille pas plus loin. [. . .] Et, il a dit : « Eh bien, comme je l'ai dit, tu sais, je veux dire que j'ai une super garantie », vous savez? Et, il a ajouté : « Et, ce sera bientôt jour de paie », vous savez? [. . .] ou quelque chose du genre, comme quoi il disposait d'une bonne garantie. Et, vous savez, j'essayais juste de le dissuader, j'essayais de le convaincre : « Ne fais pas ça Brian. Allez, vieux. Ne fais pas ça », parce qu'un objet appuyait sur ma hanche [. . .] et je fais tout ce que je peux pour le raisonner . . .

Je veux dire que chaque fois qu'il ouvrait sa satanée gueule, il me poussait à faire ce que je devais faire, alors

what I had to do and I didn't want to go there. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 299 and 302.]

[40] The only passages in Pappas' confession that support a loss of self-control are the ones in which he describes his reaction upon hearing Kullman once again make reference to the fact that he had "insurance":

It — it was just the way he said it. It was just the way he said the word "insurance". I knew what that meant. . . . [A]fter that it was just my mind shut down and everything was just automatic. I drew my gun, I chambered a round, I fired. [A.R., vol. II, p. 303]

At this point, Pappas said that he "snapped".

[41] The contention that Pappas was caught unprepared by Kullman's comments is outside the range of reasonable inferences that can be drawn from this evidence. It is supported by little more than Pappas' bald assertions that he "snapped" and "everything was just automatic". Viewed in its totality, the evidence suggests that Pappas' mind was prepared for the possibility that Kullman might reject his pleas to end the extortion, "making [him] do what [he] had to do". His narrative, viewed as a whole, describes a progressive building up of the resolve to kill Kullman. Accepting Pappas' evidence that he "snapped" as true, this was not the result of a sudden insult striking an unprepared mind. It was simply the final stage of doing what he had come to do — killing Kullman if that was necessary to stop the extortion and threats.

[42] For these reasons, I conclude that there was no air of reality to the subjective element of the defence of provocation on the evidence. The defence should not have been left to the jury. Any errors in the trial judge's instructions to the jury regarding provocation were thus irrelevant, and I need not examine the appellant's other grounds of appeal.

que je m'y refusais. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 299 et 302.]

[40] Les seuls extraits des aveux de M. Pappas qui étayent la perte de maîtrise de soi sont ceux qui font état de sa réaction lorsque M. Kullman a répété qu'il disposait d'une « garantie » :

[TRADUCTION] C'est — c'est juste la façon dont il l'a dit. Seulement la manière dont il a prononcé le mot « garantie ». Je savais ce qu'il voulait dire. [. . .] [A]près, c'est comme si j'avais perdu la raison, tout se déroulant ensuite automatiquement. J'ai sorti mon pistolet, j'ai armé le chien, j'ai tiré. [d.a., vol. II, p. 303]

C'est alors que M. Pappas aurait [TRADUCTION] « disjoncté ».

[41] La prétention voulant que M. Pappas ait été surpris par les propos de M. Kullman ne fait pas partie des conclusions raisonnables qu'il est possible de tirer de la preuve. Elle ne prend appui que sur les affirmations de M. Pappas selon lesquelles il a « disjoncté », « tout se déroulant ensuite automatiquement ». Il appert de la preuve considérée dans son ensemble que M. Pappas envisageait la possibilité que M. Kullman refuse de mettre fin à l'extorsion, qu'il « [le] pouss[e] à faire ce qu'[il] devait faire ». Globalement, le récit fait état de la naissance progressive de la décision de tuer M. Kullman. À supposer que M. Pappas ait véritablement « disjoncté », ce n'est pas en réaction à une insulte soudaine qui l'a surpris. C'était l'étape finale du processus dans lequel il s'était engagé, à savoir tuer M. Kullman au besoin pour mettre fin à l'extorsion et aux menaces.

[42] Pour ces motifs, j'estime que l'élément subjectif de la défense de provocation était dépourvu de vraisemblance au vu de la preuve. Le moyen de défense n'aurait pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Le caractère erroné ou non des directives de la juge du procès au jury sur la défense de provocation importe donc peu, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les autres motifs d'appel de l'appelant.

IV. Conclusion

[43] I would dismiss the appeal and affirm the conviction for second degree murder.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[44] Like the Chief Justice, but for different reasons, I would dismiss this appeal and affirm the appellant's conviction at trial.

[45] Unlike the Chief Justice, however, and with the greatest of respect, I agree with the Court of Appeal's unanimous conclusion that the trial judge did not err in leaving to the jury the appellant's defence of provocation (2012 ABCA 221, 533 A.R. 294).

[46] The Court of Appeal divided only as to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. In this regard, I agree with the majority that the trial judge committed no reviewable error in instructing the jury as she did.

[47] In the result, the appeal fails.

II

[48] There is no dispute that trial judges must leave for the jury's consideration every defence available on the record, subject only to exceptional circumstances which have no application here. To do otherwise is to usurp the function of the jury and to deprive the accused of an enshrined right under our system of justice.

[49] This is not new law. In *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, for example, Kellock J. recognized that "[i]t is a paramount principle of law that when a defence, however weak it may be, is raised by a person charged, it should be fairly put

IV. Conclusion

[43] Je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[44] À l'instar de la Juge en chef, mais pour des motifs différents, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le verdict de culpabilité de l'appelant.

[45] Toutefois, contrairement à la Juge en chef, mais avec égards, je souscris à l'opinion unanime de la Cour d'appel selon laquelle la juge du procès n'a pas eu tort de soumettre au jury la défense de provocation invoquée par l'appelant (2012 ABCA 221, 533 A.R. 294).

[46] Seul le caractère approprié des directives au jury suscite un désaccord chez les juges de la Cour d'appel. Sur ce point, je conviens avec les juges majoritaires que les directives de la juge du procès ne sont entachées d'aucune erreur susceptible de contrôle.

[47] Le pourvoi doit donc être rejeté.

II

[48] Il est bien établi que le juge du procès doit permettre au jury d'examiner tout moyen de défense étayé par le dossier, sous réserve seulement de circonstances exceptionnelles inapplicables en l'espèce. S'il ne le fait pas, il usurpe la fonction du jury et prive l'accusé d'un droit consacré dans notre système de justice.

[49] Il ne s'agit pas d'une règle de droit nouvelle. Dans l'arrêt *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226, par exemple, le juge Kellock reconnaissait qu'un [TRADUCTION] « principe de droit primordial veut que le moyen de défense invoqué par un

before the jury” (p. 241; see also Taschereau J., at p. 237).

[50] For some offences, the accused may choose trial by jury; for others, as in this case, trial by jury is mandatory. In either instance, absent a directed verdict of acquittal, the determination of guilt or innocence falls exclusively within the province of the jury. That bedrock principle is violated whenever a trial judge withholds from the jury a defence that it is entitled — indeed, required by law — to consider.

[51] This case hardly invites concern over the submission of weak defences to juries. On the contrary, it illustrates why our system of justice supposes that juries, properly instructed by judges, can be trusted to reject defences that do not raise in their minds a reasonable doubt as to the guilt of the accused. That is what happened here. The trial judge felt bound to put to the jury the appellant’s defence of provocation — though she found, understandably, that the evidence in support of the defence was “not strong”. And the jury, properly instructed and acting reasonably, rejected the defence.

[52] In determining whether a defence must be submitted to the jury, trial judges must take care not to infuse what has come to be known as the “air of reality” test with any significance beyond the governing standard that has prevailed for centuries. That standard, though not always formulated in identical terms, has never varied in substance: A defence must be put to the jury if there is any evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could be left with a reasonable doubt as to the guilt of the accused.

[53] The phrase “air of reality” connotes neither plausibility nor likelihood. The “air of reality test [is not] intended to assess whether the defence is

accusé, aussi faible puisse-t-il être, soit soumis en toute justice au jury » (p. 241; voir également p. 237, le juge Taschereau).

[50] Dans le cas de certaines infractions, l’accusé peut opter pour un procès devant jury; dans d’autres, comme en l’espèce, il y a obligatoirement procès devant jury. Dans l’un ou l’autre cas, sauf verdict dirigé d’acquiescement, décider de la culpabilité ou de l’innocence ressortit strictement au jury. Il y a atteinte à ce principe fondamental dès lors qu’un juge soustrait à l’examen du jury un moyen de défense que celui-ci peut — et qu’il doit légalement, en fait — considérer.

[51] La présente affaire n’est pas vraiment de nature à susciter des craintes concernant la soumission de moyens de défense plus ou moins valables au jury. Elle montre au contraire que notre système de justice a raison de compter sur le jury auquel un juge a donné des directives appropriées pour rejeter la défense qui ne soulève pas chez lui un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé. C’est ce qui s’est produit en l’espèce. La juge du procès s’est estimée tenue de soumettre au jury la défense de provocation même si elle considérait — et on peut la comprendre — que la preuve présentée à l’appui par l’appelant était « mince ». Ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, le jury a rejeté le moyen de défense.

[52] Lorsqu’il est appelé à décider de soumettre ou non un moyen de défense au jury, le juge du procès doit se garder d’accorder à ce qu’on appelle le critère de la « vraisemblance » plus d’importance qu’à la norme qui vaut depuis des siècles. Bien que la formulation de la norme ait parfois varié, sa teneur est demeurée inchangée : un moyen de défense doit être soumis au jury s’il existe une preuve à partir de laquelle un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait raisonnablement douter de la culpabilité de l’accusé.

[53] La « vraisemblance » ne s’entend ni du caractère plausible, ni de la probabilité. Le « critère de la vraisemblance ne vise pas [. . .] à déterminer s’il

likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day”: *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248, at para. 16, citing *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 54. Moreover, in determining whether to leave a defence to the jury, the trial judge assumes that the evidence relied upon by the accused is true: *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 72; *Cinous*, at para. 53.

[54] The trial judge is not permitted to make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences: *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403, at para. 25; *Fontaine*, at para. 72; *Cinous*, at para. 54. Indeed, the “air of reality” test has been found by this Court to be “reasonable” and “valid” *precisely because the trial judge does not weigh the evidence and thus “cannot be accused of usurping the role of the jury or violating the accused’s rights”*: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 691.

[55] In the present context, I find particularly apt this passage from the concurring reasons of Sopinka J. in *Osolin*, at pp. 653-54:

With respect to the defence of mistaken belief, I agree with Cory J. that s. 265(4) “simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences” (p. 676) and that it requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. I believe we are all in agreement in this respect. Indeed, this is the basis for our determination that it is constitutional. The term “evidentiary burden” and the definition I have set out are well known to trial judges and well accepted. I cannot understand how the addition of the term “air of reality” helps in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence. I am concerned that when an attempt is made to add to the definition of a basic concept in the criminal law, it only creates confusion.

est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte » (*R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16, citant *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 54). Qui plus est, le juge qui décide s’il y a lieu ou non de soumettre une défense à l’appréciation du jury tient pour avérée la preuve que l’accusé invoque à l’appui (*R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 72; *Cinous*, par. 53).

[54] Le juge du procès n’est pas admis à se prononcer sur la crédibilité des témoins, à apprécier le caractère probant de la preuve, à tirer des conclusions de fait ou à faire des inférences de fait (*R. c. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 R.C.S. 403, par. 25; *Fontaine*, par. 72; *Cinous*, par. 54). Notre Cour a en effet jugé « raisonnable » et « valide » le critère de la « vraisemblance » *précisément parce que le juge du procès ne se penche pas sur le caractère probant de la preuve*, de sorte qu’« on ne peut accuser le juge du procès d’usurper le rôle du jury ni de violer les droits de l’accusé » (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 691).

[55] Dans le présent contexte, les motifs concordants du juge Sopinka dans *Osolin* me paraissent particulièrement à-propos (p. 653-654):

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d’accord avec le juge Cory que le par. 265(4) « établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense » (p. 676) et qu’il n’exige rien de plus de l’accusé qu’il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l’acquittement. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c’est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L’expression « charge de présentation » et la définition que j’en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l’addition du mot « vraisemblance » facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m’inquiète qu’en essayant d’ajouter quelque chose à la définition d’un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu’embrouiller la question.

[56] While the Court has recognized that a “limited weighing” of the evidence will be permitted, exceptionally, where the evidence relied on by the accused is circumstantial, no weighing is permitted with respect to direct evidence. As the Chief Justice explains, “[t]he trial judge may not engage in any weighing of direct evidence, since this would require a consideration of the inherent reliability of the evidence” (para. 23).

[57] Accordingly, where there is direct evidence as to all elements of a defence, the trial judge must put the defence to the jury since, “[b]y definition, the only conclusion that needs to be reached in such a case is whether the evidence is true” (*Cinous*, at para. 88). And whether the evidence is true, or at least raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused, is a matter ultimately reserved to the jury.

[58] In this case, the appellant’s evidence at trial constitutes direct evidence and relates the facts upon which his defence of provocation rests. Where an accused gives evidence as to all the elements of the defence, as the appellant did in this case, the trial judge is bound to leave the assessment of that evidence to the jury: *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276.

[59] According to the Chief Justice, “[t]he air of reality test . . . requires *more* than ‘some’ or ‘any’ evidence of the elements of a defence” (para. 22 (emphasis added)). In my respectful view, one should not impute to this passage a meaning that it cannot have been intended to bear.

[60] As the Court made plain in *Cinous*:

The full question is whether there is evidence (some evidence, any evidence) upon which a properly instructed jury acting judicially could acquit. If there is any or some such evidence, then the air of reality hurdle is cleared. If there is no such evidence, then the air of reality hurdle is not cleared. [Emphasis in original; para. 62.]

[56] Bien que notre Cour reconnaisse la possibilité d’une « évaluation limitée » de la preuve, à titre exceptionnel, lorsque la preuve offerte par l’accusé est circonstancielle, nulle appréciation de la preuve directe ne peut intervenir. Comme l’explique la Juge en chef, « [le juge du procès] ne peut se livrer à une évaluation de la preuve directe car il devrait alors se pencher sur la fiabilité intrinsèque de la preuve » (par. 23).

[57] Par conséquent, dans le cas où il y a preuve directe pour chacun des éléments d’un moyen de défense, le juge du procès doit soumettre celui-ci à l’appréciation du jury puisque, « [p]ar définition, la seule question qui se pose, le cas échéant, est de savoir si la preuve est véridique » (*Cinous*, par. 88). Et quant à savoir si la preuve est véridique ou si elle soulève au moins un doute raisonnable en ce qui a trait à la culpabilité de l’accusé, il appartient ultimement au jury d’en décider.

[58] En l’espèce, la preuve présentée au procès par l’appelant est directe et se rapporte aux faits sur lesquels s’appuie sa défense de provocation. Lorsque l’accusé offre un élément de preuve à l’appui de chacun des volets du moyen de défense, comme le fait l’appelant en l’espèce, le juge est tenu de laisser au jury le soin d’apprécier ces éléments de preuve (*R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, p. 276).

[59] Selon la Juge en chef, « [l]e critère de la vraisemblance [. . .] exige *davantage* qu’“une” ou “quelque” preuve des éléments requis » (par. 22 (italiques ajoutés)). Avec égards, on ne doit pas attribuer à cet énoncé une portée que son auteur n’a pu vouloir lui conférer.

[60] Notre Cour établit clairement ce qui suit dans *Cinous*:

[L]a question intégrale [. . .] est de savoir s’il existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer l’acquittement. Dans l’affirmative, le critère de la vraisemblance est respecté. Dans la négative, il ne l’est pas. [Souligné dans l’original; par. 62.]

And, leaving no room for doubt in this regard, the Court later reiterated “the full question, which is whether there is evidence (*some evidence, any evidence*) on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could base an acquittal if it believed the evidence to be true” (para. 83 (emphasis added)).

[61] I recognize that the Court, in *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21, stated that “[i]t is not enough for there to be ‘some evidence’ supporting the defence (*Cinous*, at para. 83).” This passage must be read in line with established authority, including the paragraph in *Cinous* to which it refers. As appears from that very paragraph, the Court has consistently held that *the decisive question is whether there is evidence upon which a properly instructed jury could reasonably acquit*: *Fontaine*, at para. 71; *Cinous*, at para. 83; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, at para. 7; *Faid*, at p. 276; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, at p. 454.

[62] These principles are well settled. They align with the trust our criminal justice system places in the collective good sense of juries. And, they breathe life into the accused’s *Charter* rights to be presumed innocent (s. 11(d)) and to have the benefit of a jury trial where the maximum punishment for the alleged offence is at least five years imprisonment (s. 11(f)).

III

[63] I turn now to the application of these principles to the facts of this case.

[64] I agree with the Chief Justice that the appellant discharged his evidentiary burden on the *objective* component of his defence of provocation. In my respectful view, he met his evidentiary obligation on the *subjective* component as well.

[65] The subjective component (or “element”) of the defence of provocation requires that the accused acted (1) in response to the provocative act

Puis, levant tout doute à ce sujet, la Cour rappelle plus loin que « la question intégrale, [est celle de] savoir s’il existe *une preuve* ou *quelque élément de preuve* qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi » (par. 83 (italiques ajoutés)).

[61] Je reconnais que, dans *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, notre Cour dit au par. 21 qu’« [i]l ne suffit pas qu’il existe “une preuve” étayant le moyen de défense (*Cinous*, par. 83). » Cette assertion doit être interprétée eu égard à la jurisprudence établie, y compris le paragraphe de l’arrêt *Cinous* auquel elle renvoie. Il ressort de ce paragraphe même que la Cour a toujours considéré que *l’élément décisif était l’existence ou l’inexistence d’une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement* (*Fontaine*, par. 71; *Cinous*, par. 83; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 7; *Faid*, p. 276; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, p. 454).

[62] Ces principes sont bien établis. Ils s’inscrivent dans la confiance que notre système de justice pénale manifeste à l’endroit du bon sens collectif du jury. Ils donnent vie au droit constitutionnel à la présomption d’innocence (al. 11d)) et au droit de subir un procès devant jury lorsque la peine maximale que l’accusé encourt est d’au moins cinq ans d’emprisonnement (al. 11f)).

III

[63] Je passe maintenant à l’application de ces principes aux faits de l’espèce.

[64] Je conviens avec le Juge en chef que l’appellant s’est acquitté de sa charge de présentation en ce qui concerne l’élément *objectif* de la défense de provocation. Avec égards, il en va de même pour le volet *subjectif*.

[65] Le volet ou l’élément subjectif de la défense de provocation exige que l’accusé ait agi (1) en réaction à l’acte ou au comportement de provocation

or conduct; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232; see also *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 36. The Chief Justice emphasizes that the second, “suddenness” portion of the inquiry applies to both the provocation itself and the accused’s reaction to it (para. 36). In her opinion, there is no evidentiary basis upon which a jury could reasonably conclude that the wrongful provocation was sudden, in the sense that it surprised Mr. Pappas by catching his mind unprepared.

[66] The appellant’s evidence was that the deceased had been extorting him for 18 months leading up to the killing (A.R., vol. II, at p. 238). When Mr. Pappas resisted, the deceased implied that he was prepared to have Mr. Pappas’s mother killed (p. 239). On the night in question, the appellant did carry a concealed weapon. He testified, however, that he did not intend to use it (pp. 242, 245 and 292-93). The deceased responded to Mr. Pappas’s overtures by again implicitly threatening to kill his mother (p. 303). At this point, according to Mr. Pappas, his “mind shut down and everything was just automatic. I drew my gun, I chambered a round, I fired” (p. 304).

[67] The sudden and unexpected nature of the deceased’s provocative act emerges from the timeline of events on the night of the killing. Describing the deceased’s offer to give him money for a plane ticket, and the deceased’s subsequent veiled threat to kill his mother, Mr. Pappas testified:

He does me a favour from his point of view one minute. . . and then the next minute he just told me what’s going to happen . . . if I don’t get back and [INDISCERNIBLE] his fucking expensive toys. [A.R., vol. II, at p. 244]

[68] Accepting this evidence as true, Mr. Pappas plainly acted “on the sudden” — he “didn’t think about it” (A.R., vol. II, at p. 241), but reacted immediately to the deceased’s provocation before there was time for his passion to cool. Indeed,

et (2) sous l’impulsion du moment avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 232; voir également *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 36). Le Juge en chef souligne que la seconde exigence, celle de la « soudaineté », vaut tant pour la provocation elle-même que pour la réaction de l’accusé (par. 36). À son avis, la preuve ne permet pas à un jury agissant de manière raisonnable de conclure que l’acte fautif de provocation a été soudain au sens où M. Pappas ne s’y attendait pas, qu’il n’y était pas mentalement préparé.

[66] L’appelant a déclaré que le défunt lui avait extorqué de l’argent pendant les 18 mois qui avaient précédé sa mort (d.a., vol. II, p. 238). Lorsque M. Pappas s’était rebiffé, le défunt avait laissé entendre qu’il était disposé à faire assassiner sa mère (p. 239). Le soir en question, l’appelant dissimulait effectivement une arme sur lui. Il a toutefois déclaré qu’il ne comptait pas s’en servir (p. 242, 245 et 292-293). Le défunt maître-chanteur a réagi aux exhortations de M. Pappas en le menaçant encore une fois implicitement de tuer sa mère (p. 303). Alors, selon les dires de M. Pappas : [TRADUCTION] « J’ai perdu la raison, tout se déroulant ensuite automatiquement. J’ai sorti mon pistolet, armé le chien et tiré » (p. 304).

[67] Le caractère soudain et inattendu de l’acte provocateur du défunt ressort du fil des événements le soir du meurtre. Voici comment M. Pappas a décrit l’offre du défunt de lui remettre une somme pour l’achat d’un billet d’avion, puis la menace voilée subséquente de tuer sa mère :

[TRADUCTION] À un moment, il me fait selon lui une faveur [. . .] puis la minute d’après il me dit simplement ce qui va arriver [. . .] si je ne me ramène pas et [INAUDIBLE] ses maudits jouets coûteux. [d.a., vol. II, p. 244]

[68] À supposer que ces propos soient véridiques, M. Pappas a clairement agi « sous l’impulsion du moment » — il « n’a pas réfléchi » (d.a., vol. II, p. 241), mais a réagi sans délai à la provocation du défunt avant d’avoir eu le temps de reprendre son

the Chief Justice accepts that this satisfies one dimension of the subjective “suddenness” inquiry.

[69] According to the Chief Justice, however, the record cannot support a finding that the *provocation itself* was sudden because the deceased “had made similar statements repeatedly in the past” (para. 37).

[70] In *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420, Justice Abella addresses the manifest difficulties presented by a “predictability of consequences” approach with regard to the objective element of provocation. The same holds true for the subjective element — the mere fact that the deceased had made similar threats to the accused in the past does not mean that the accused would have anticipated, or been prepared for, subsequent threats of the same sort. Plainly, a reiterated threat or insult can cause a previously unprovoked person to “snap”.

[71] The Court explicitly addressed this very possibility in *Thibert*. In considering whether a provocation is “sudden” in the sense that it strikes upon a mind unprepared for it, the Court held that

the background and history of the relationship between the accused and the deceased should be taken into consideration. This is particularly appropriate if it reveals a long history of insults, leveled at the accused by the deceased. . . . “[T]he last affront may be comparatively trivial, merely the last straw that makes the worm turn, so to speak”. [para. 20]

(Citing G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983).)

[72] In this regard, the Chief Justice focuses on whether Mr. Pappas’s “mind was prepared for the possibility that Kullman might reject his pleas to end the extortion” (para. 41). With respect, however, the alleged provocative act was *not* the deceased’s failure to end the extortion; rather, it was his sudden utterance — “I got great fucking insurance” —

sang-froid. La Juge en chef reconnaît en effet que cela satisfait à un volet de l’exigence subjective de la « soudaineté ».

[69] Or, selon elle, le dossier ne permet pas de conclure que la *provocation elle-même* a été soudaine, car le défunt « s’était exprimé dans le même sens maintes fois dans le passé » (par. 37).

[70] Dans *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420, la juge Abella fait état des difficultés évidentes que présente l’approche fondée sur la « prévisibilité des conséquences » en ce qui concerne l’élément objectif de la provocation. Les mêmes réserves valent pour l’élément subjectif — le seul fait que le défunt a proféré des menaces semblables dans le passé ne permet pas de tenir pour acquis que l’accusé a prévu les mêmes menaces formulées subséquemment ou qu’il y était préparé. En clair, lorsqu’elle est répétée, une menace ou une insulte peut faire « disjoncter » une personne qu’elle n’avait pas provoquée auparavant.

[71] Notre Cour se penche expressément sur cette possibilité dans *Thibert*. Appelée à déterminer si une provocation avait été « soudaine » au sens où elle avait été inattendue, elle conclut :

. . . le contexte et l’historique des relations entre l’accusé et la victime [s’ajoutent] aux facteurs dont il faut tenir compte. Cela est d’autant plus approprié si l’examen de ce facteur révèle l’existence d’une longue histoire d’insultes proférées par la victime à l’endroit de l’accusé. [. . .] [TRADUCTION] « [L]’insulte ultime peut être comparativement insignifiante, n’être que de la goutte qui fait déborder le vase en quelque sorte ». [par. 20]

(Citant G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983).)

[72] Sur ce point, la Juge en chef s’attache à la question de savoir si M. Pappas « envisageait la possibilité que M. Kullman refuse de mettre fin à l’extorsion » (par. 41). Cependant, soit dit en tout respect, l’acte provocateur allégué *n’était pas* l’omission du défunt de mettre fin à l’extorsion, mais son affirmation soudaine — [TRADUCTION] « j’ai une

which Mr. Pappas understood as a threat to his mother's life (A.R., vol. II, at p. 241). This is amply supported by Mr. Pappas's evidence that he shot the deceased in order to protect his mother (A.R., vol. II, at pp. 240-42, 247 and 254-55).

[73] Nor am I able to share the Chief Justice's characterization as "little more than . . . bald assertions" the appellant's evidence that he was unprepared for the deceased's comments (para. 41).

[74] In *Osolin*, this Court affirmed that, in order for a defence to be put to the jury, there must be "evidence beyond [a] mere assertion" of the elements of the defence (pp. 686-87). Using the defence of provocation as an example, the Court held that while a "bare assertion" by the accused — "I was provoked" — would not suffice, the "requisite evidence may come from *the detailed testimony of the accused alone*" (p. 687 (emphasis added)).

[75] Read in this light, Mr. Pappas's detailed evidence of the circumstances surrounding the alleged provocation, including his perceptions and explanations for his actions, can hardly be equated with a "bare assertion" that he was provoked.

[76] Neither can Mr. Pappas's description of the provoking act be considered a single statement that is inconsistent with his "principal narrative": *Gauthier*, at para. 61, cited by the Chief Justice, at para. 24.

[77] I agree with the Chief Justice that the "only passages in [Mr.] Pappas' confession that support a loss of self-control are the ones in which he describes his reaction upon hearing [Mr.] Kullman once again make reference to the fact that [Mr. Kullman] had 'insurance'" (para. 40). These descriptions constitute direct evidence of the suddenness of the provocation and must be taken as true. As such, they demonstrate that the appellant discharged his evidentiary burden on the "sudden provocation" element of the defence.

super garantie » — que M. Pappas a interprétée comme une menace d'attenter à la vie de sa mère (d.a., vol. II, p. 241). La déposition de M. Pappas selon laquelle il a abattu la victime pour protéger sa mère étaye amplement cette conclusion (d.a., vol. II, p. 240-242, 247 et 254-255).

[73] Je ne peux non plus convenir avec la Juge en chef que la preuve voulant que la provocation alléguée ait pris l'appelant de court « ne prend appui que sur les affirmations de M. Pappas » (par. 41).

[74] Dans *Osolin*, notre Cour affirme que pour qu'un moyen de défense soit présenté au jury, il faut « une preuve qui va plus loin que la seule affirmation » des éléments de la défense (p. 686-687). Prenant la défense de provocation à titre d'exemple, elle conclut que même s'il ne suffit pas que l'accusé prononce les mots « j'ai été provoqué », la « preuve nécessaire peut provenir du *seul témoignage détaillé de l'accusé* » (p. 687 (italiques ajoutés)).

[75] Sous cet éclairage, on ne saurait voir dans le témoignage détaillé de M. Pappas sur les circonstances de la provocation alléguée, ce qui englobe ses perceptions et l'explication de ses gestes, une « simple affirmation » qu'il a été provoqué.

[76] Sa description de l'acte provocateur ne peut non plus être assimilée à une seule mention qui est inconciliable avec son « récit principal » (*Gauthier*, par. 61, cité par la Juge en chef, par. 24).

[77] Je partage l'avis de ma collègue que les « seuls extraits des aveux de M. Pappas qui étayaient la perte de maîtrise de soi sont ceux qui font état de sa réaction lorsque M. Kullman a répété qu'il disposait d'une "garantie" » (par. 40). Ces précisions sur sa réaction constituent une preuve directe du caractère soudain de la provocation et elles doivent être tenues pour avérées. Elles établissent donc que l'appelant s'est acquitté de sa charge de présentation pour ce qui est de l'élément de la défense qui réside dans l'existence d'une « provocation soudaine ».

[78] Whether these passages are “inconsistent” with other evidence, however, necessarily requires a weighing of the evidence and an assessment of its reliability. That determination must properly be left to the jury. And the trial judge’s decision whether to leave the defence to the jury must, in any event, be based on “the construction of the evidence most favourable to the accused’s position”: *Cinous*, at para. 98. The trial judge in this case therefore committed no error in finding that Mr. Pappas’s evidence — if accepted as true in whole or in part — was capable of supporting the inference that the deceased’s comments constituted a sudden and unexpected act of provocation.

IV

[79] For the foregoing reasons, I am unable to agree with the Chief Justice that the trial judge committed a reviewable error in leaving the appellant’s defence of provocation to the jury. As mentioned at the outset as well, I would nevertheless dismiss the appeal for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

[78] Or, déterminer si ces extraits sont « inconciliables » avec d’autres éléments de preuve exige nécessairement d’apprécier le caractère probant et la fiabilité de la preuve, ce qui incombe bel et bien au jury. Et quoi qu’il en soit, la décision du juge du procès de soumettre la défense au jury doit s’appuyer sur « l’interprétation de la preuve qui est la plus favorable à l’accusé » (*Cinous*, par. 98). En l’espèce, la juge n’a donc pas eu tort de conclure que la preuve offerte par M. Pappas — si on y ajoutait foi en totalité ou en partie — pouvait étayer l’inférence que les propos du défunt constituaient un acte de provocation à la fois soudain et inattendu.

IV

[79] Pour les motifs qui précèdent, je ne peux souscrire à l’avis de la Juge en chef selon lequel la juge du procès a commis une erreur susceptible de contrôle en soumettant au jury la défense de provocation invoquée par l’appelant. Comme je l’indique au début des présents motifs, j’estime néanmoins qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les motifs sur lesquels se fondent les juges majoritaires de la Cour d’appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Ruttan Bates, Calgary.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

**Pro-Sys Consultants Ltd. and
Neil Godfrey** *Appellants*

v.

**Microsoft Corporation and Microsoft Canada
Co./Microsoft Canada CIE** *Respondents*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

**INDEXED AS: PRO-SYS CONSULTANTS LTD. v.
MICROSOFT CORPORATION**

2013 SCC 57

File No.: 34282.

2012: October 17; 2013: October 31.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Civil procedure — Class actions — Certification — Indirect purchasers — Plaintiffs suing defendants for unlawful conduct in overcharging for its PC operating systems and PC applications software — Plaintiffs seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether indirect purchaser actions are available as a matter of law in Canada — Whether certification requirements are met — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

P brought a class action against M, alleging that beginning in 1988, M engaged in unlawful conduct by overcharging for its Intel-compatible PC operating systems and Intel-compatible PC applications software. P sought certification of the action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“CPA”). The proposed class is made up of ultimate consumers, known as “indirect purchasers”, who acquired M’s products from re-sellers.

**Pro-Sys Consultants Ltd. et
Neil Godfrey** *Appelants*

c.

**Microsoft Corporation et Microsoft Canada
Co./Microsoft Canada CIE** *Intimées*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : PRO-SYS CONSULTANTS LTD. c.
MICROSOFT CORPORATION**

2013 CSC 57

N° du greffe : 34282.

2012 : 17 octobre; 2013 : 31 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Acheteurs indirects — Action intentée contre les défenderesses au motif qu’elles auraient agi illégalement en majorant le prix de leurs systèmes d’exploitation et de leurs logiciels d’application pour ordinateur personnel — Demande de certification d’une action à titre de recours collectif en application des dispositions provinciales sur les recours collectifs — L’acheteur indirect dispose-t-il d’un recours en droit canadien? — Respect des conditions de certification — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

P a intenté contre M un recours collectif dans lequel elle allègue que, à compter de 1988, M a agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application pour ordinateur personnel compatibles avec le processeur Intel. P a demandé la certification de son action à titre de recours collectif en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« CPA »). Le groupe proposé se compose des consommateurs finaux, appelés « acheteurs indirects », qui ont acheté des produits de M à des revendeurs.

The British Columbia Supreme Court found that the certification requirements set out in s. 4(1) of the *CPA* were met and certified the action. The majority of the Court of Appeal allowed M's appeal, set aside the certification order and dismissed the action, determining that indirect purchaser actions were not available as a matter of law in Canada and therefore that the class members had no cause of action under s. 4(1)(a) of the *CPA*.

Held: The appeal should be allowed.

Indirect purchasers have a cause of action against the party who has effectuated the overcharge at the top of the distribution chain that has allegedly injured the indirect purchasers as a result of the overcharge being "passed on" to them through the chain of distribution. The argument that indirect purchasers should have no cause of action because passing on has been rejected as a defence in Canada should fail.

The passing-on defence, which was typically advanced by an overcharger at the top of a distribution chain, was invoked under the proposition that if the direct purchaser who sustained the original overcharge then passed that overcharge on to its own customers, the gain conferred on the overcharger was not at the expense of the direct purchaser because the direct purchaser suffered no loss. As such, the fact that the overcharge was "passed on" was argued to be a defence to actions brought by the direct purchaser against the party responsible for the overcharge. This defence has been rejected by this Court in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, and that rejection is not limited to the context of the imposition of *ultra vires* taxes; the passing-on defence is rejected throughout the whole of restitutionary law.

However, the rejection of the passing-on defence does not lead to a corresponding rejection of the offensive use of passing on. Therefore, indirect purchasers should not be foreclosed from claiming losses passed on to them. The risk of double or multiple recovery where actions by direct and indirect purchasers are pending at the same time or where parallel suits are pending in other jurisdictions can be managed by the court. Furthermore, indirect purchaser actions should not be barred altogether solely because of the likely complexity associated with proof of damages. In bringing their action, the indirect purchasers willingly assume the burden of establishing that they have suffered loss, and whether they have met their burden of

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que les conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA* étaient réunies et elle a certifié l'action. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de M, annulé l'ordonnance de certification et rejeté l'action après avoir statué que l'acheteur indirect n'a pas de recours en droit canadien et que les membres du groupe n'avaient donc pas de cause d'action comme l'exige l'al. 4(1)(a) de la *CPA*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'acheteur indirect a une cause d'action contre l'auteur de la majoration qui se situe au sommet de la chaîne de distribution et qui l'aurait indirectement lésé du fait que la majoration lui a été « transférée » en aval dans la chaîne de distribution. On ne peut retenir l'argument selon lequel l'acheteur indirect ne doit se voir reconnaître aucune cause d'action en raison du rejet du transfert de la perte comme moyen de défense au Canada.

Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, généralement invoqué par l'auteur de la majoration situé au sommet de la chaîne de distribution, voulait que si l'acheteur direct absorbait la majoration puis la transférait à ses propres clients, l'auteur de la majoration ne réalisait pas le bénéfice au détriment de l'acheteur direct, celui-ci ne subissant aucune perte. Ce « transfert » de la majoration était donc invoqué en défense à l'action intentée par l'acheteur direct contre l'auteur de la majoration. La Cour a rejeté ce moyen de défense dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, et ce rejet ne vaut pas que pour l'imposition d'une taxe *ultra vires*; le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est toujours exclu aux fins du droit de la restitution.

Cependant, le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense n'entraîne pas son exclusion comme cause d'action. En conséquence, l'acheteur indirect ne doit pas se voir empêcher de recouvrer le montant de la perte qui lui a été transférée. Le tribunal peut gérer le risque de recouvrement double ou multiple lorsque l'action de l'acheteur direct et celle de l'acheteur indirect sont en instance simultanément ou lorsque des poursuites sont intentées parallèlement dans d'autres ressorts. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de faire totalement obstacle à l'action de l'acheteur indirect pour la seule raison qu'il sera ardu d'établir le préjudice subi. L'acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l'obligation d'établir qu'il a subi une perte, et la question

proof is a factual question to be decided on a case-by-case basis. In addition, allowing the offensive use of passing on will not frustrate the deterrence objectives of Canadian competition laws. Indirect purchaser actions may, in some circumstances, be the only means by which overcharges are claimed and deterrence is promoted. Finally, allowing indirect purchaser actions is consistent with the remediation objective of restitution law because it allows for compensating the parties who have actually suffered the harm rather than reserving these actions for direct purchasers who may have in fact passed on the overcharge.

The first requirement for certification at s. 4(1) of the *CPA* requires that the pleadings disclose a cause of action. A plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed. In the case at bar, the pleadings disclose causes of action that should not be struck out at this stage of the proceedings.

First, it cannot be said that the pleadings do not disclose a cause of action under s. 36 of the *Competition Act*. The contention that the s. 36 cause of action is not properly pleaded because it was not included in the statement of claim and that any attempt to add it now would be barred by the two-year limitation period contained in s. 36(4) of the Act is purely technical and should be rejected. The argument that the Competition Tribunal should have jurisdiction over the enforcement of the competition law should also be rejected, since s. 36 expressly confers jurisdiction on the court to entertain the claims of any person who suffered loss by virtue of a breach of Part VI of the Act.

Next, it is not plain and obvious that the claim in tort for predominant purpose conspiracy cannot succeed. The contention that the tort of predominant purpose conspiracy is not made out because the statement of claim fails to identify one true predominant purpose and instead lists overlapping purposes should fail at this stage of the proceedings. Similarly, the argument that the predominant purpose conspiracy claim should be struck as it applies to an alleged conspiracy between a parent corporation and its subsidiaries should fail because it is not plain and obvious that the law considers parent and wholly-owned subsidiary corporations to always act in combination.

Similarly, at this point, it is not plain and obvious that there is no cause of action in tort for unlawful means conspiracy or intentional interference with economic

de savoir s'il s'est acquitté ou non de son fardeau de preuve tient aux faits de l'espèce. En outre, permettre d'alléguer en demande le transfert de la perte ne nuira pas aux objectifs de dissuasion des dispositions canadiennes sur la concurrence. Dans certaines circonstances, l'action de l'acheteur indirect peut offrir le seul moyen de recouvrer la majoration et d'assurer la dissuasion. Enfin, permettre à l'acheteur indirect d'intenter une action en justice s'accorde avec l'objectif de réparation du droit de la restitution, car la personne qui a effectivement subi un préjudice, et non seulement l'acheteur direct qui a pu en fait transférer la majoration, peut ainsi être indemnisée.

La première condition de certification prévue au par. 4(1) de la *CPA* veut que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Le demandeur ne satisfait pas à la condition lorsque, à supposer que les faits invoqués soient vrais, la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie. En l'espèce, les actes de procédure révèlent des causes d'action qu'on ne saurait radier à ce stade de l'instance.

Premièrement, on ne peut affirmer que les actes de procédure ne révèlent pas une cause d'action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. La prétention que la cause d'action fondée sur l'art. 36 est irrégulièrement plaidée parce qu'elle ne figure pas dans la déclaration et que le délai de prescription de deux ans imparti au par. 36(4) de la Loi fait obstacle à l'ajout de cette cause d'action est purement technique et doit être rejetée. Celle voulant que c'est au Tribunal de la concurrence qu'il appartient de faire respecter le droit de la concurrence doit également être rejetée puisque l'art. 36 confère expressément compétence à une cour de justice pour statuer sur toute réclamation d'une personne à qui une violation de la partie VI a infligé une perte.

Ensuite, on ne saurait dire qu'il ne peut manifestement pas être fait droit à l'allégation relative au délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice. La thèse voulant que l'allégation ne soit pas étayée parce que la déclaration ne révèle pas un véritable objet principal, mais en énumère en fait plusieurs qui se chevauchent, doit être rejetée à ce stade de l'instance. Il convient également de rejeter la demande de radiation de l'allégation de complot entre une société mère et une filiale visant principalement à causer un préjudice car il n'est pas manifeste que, sur le plan juridique, une société mère et une filiale à 100 p. 100 agissent toujours de concert.

Aussi, l'inexistence d'une cause d'action en responsabilité délictuelle pour complot en vue de recourir à des moyens illégaux ou pour atteinte intentionnelle

interests. These alleged causes of action must be dealt with summarily as the proper approach to the unlawful means requirement common to both torts is presently under reserve in this Court in *Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, leave to appeal granted, [2012] 3 S.C.R. v. Depending on the decision of this Court in *Bram*, it will be open to M to raise the matter at trial should it consider it advisable to do so.

With respect to the restitutionary claim in unjust enrichment, it is not plain and obvious that it cannot succeed. With respect to the argument that any enrichment received by M came from the direct purchasers and not from the class members, and that this lack of a direct connection between it and the class members forecloses the claim of unjust enrichment, it is not plain and obvious that a claim in unjust enrichment will be made out only where the relationship between the plaintiff and the defendant is direct. The question of whether the contracts between M and the direct purchasers and the contracts between the direct purchasers and the indirect purchasers, which could constitute a juristic reason for the enrichment, are illegal and void should not be resolved at this stage of the proceedings and must be left to the trial judge.

The pleadings based on constructive trust must be struck. In order to find that a constructive trust is made out, the plaintiff must be able to point to a link or causal connection between his or her contribution and the acquisition of specific property. In the present case, there is no referential property. P makes a purely monetary claim. As the claim neither explains why a monetary award is inappropriate or insufficient nor shows a link to specific property, the claim does not satisfy the conditions necessary to ground a constructive trust. On the pleadings, it is plain and obvious that this claim cannot succeed.

Finally, it is not plain and obvious that a cause of action in waiver of tort would not succeed. There is contradictory law as to the question of whether the underlying tort needs to be established in order to sustain an action in waiver of tort. This appeal is not the proper place to resolve the details of the law of waiver of tort, nor the particular circumstances in which it can be pleaded.

aux intérêts financiers n'est pas manifeste à ce stade. Ces causes d'action alléguées doivent être examinées sommairement car, dans le dossier *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, autorisation d'appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v., actuellement en délibéré, notre Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'approche qui s'impose à l'égard de l'exigence, commune aux deux délits civils, du recours à des moyens illégaux. Selon l'issue du pourvoi dans *Bram*, M pourra demander à la juridiction de première instance de statuer sur ce point si elle le juge opportun.

S'agissant de la demande de restitution fondée sur l'enrichissement sans cause, il n'est pas manifeste qu'il ne peut y être fait droit. En ce qui concerne la thèse voulant que l'enrichissement de M provienne des acheteurs directs, et non des membres du groupe, et que son absence de lien direct avec ces derniers scelle le sort de l'allégation d'enrichissement sans cause, il n'est pas manifeste que l'enrichissement sans cause ne sera établi que si le lien entre la demanderesse et la défenderesse est direct. Il n'y a pas lieu, à ce stade de l'instance, de statuer sur la question de savoir si les contrats entre M et les acheteurs directs et entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects, lesquels pourraient constituer la cause juridique de l'enrichissement, sont illégaux et nuls; il appartient au juge du procès de le faire.

Les allégations relatives à l'existence d'une fiducie par interprétation doivent être radiées. Pour faire la preuve d'une fiducie par interprétation, le demandeur doit pouvoir établir un lien ou un rapport de causalité entre sa contribution et l'acquisition d'un bien. Nul bien n'est en cause en l'espèce. P réclame seulement une réparation pécuniaire. Étant donné qu'elle n'indique pas en quoi une réparation pécuniaire serait inappropriée ou insuffisante, et qu'elle n'établit pas de lien avec un bien en particulier, l'allégation ne satisfait pas aux conditions d'imposition d'une fiducie par interprétation. Au vu des actes de procédure, il est manifeste qu'on ne saurait faire droit à cette allégation.

Enfin, il n'est pas manifeste que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera débouté. Le droit est contradictoire quant à savoir si le délit civil sous-jacent doit être prouvé ou non pour les besoins d'une action fondée sur la renonciation au recours délictuel. Il ne convient pas de statuer plus avant, dans le cadre du pourvoi, sur le droit applicable en matière de renonciation au recours délictuel, ni sur le contexte particulier dans lequel on peut invoquer celle-ci.

The starting point in determining the standard of proof to be applied to the remaining certification requirements is the standard articulated in this Court's decision in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158: the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in the provincial class action legislation, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. The certification stage is not meant to be a test of the merits of the action, rather, this stage is concerned with form and with whether the action can properly proceed as a class action. The standard of proof asks not whether there is some basis in fact for the claim itself, but rather whether there is some basis in fact which establishes each of the individual certification requirements. Although evidence has a role to play in the certification process, the standard of proof does not require evidence on a balance of probabilities. The certification stage does not involve an assessment of the merits of the claim and is not intended to be a pronouncement on the viability or strength of the action, rather, it focuses on the form of the action in order to determine whether the action can appropriately go forward as a class proceeding. Each case must be decided on its own facts. There must be sufficient facts to satisfy the applications judge that the conditions for certification have been met to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage by reason of the requirements not having been met.

In the case at bar, the applications judge's finding that the claims raised common issues is entitled to deference. In order to establish commonality, evidence that the acts alleged actually occurred is not required, rather, the factual evidence required at this stage goes only to establishing whether these questions are common to all the class members. With respect to the common issues that ask whether loss to the class members can be established on a class-wide basis, they require the use of expert evidence in order for commonality to be established. The expert methodology must be sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement — it must offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis so that, if the overcharge is eventually established at the trial of the common issues, there is a means by which to demonstrate that it is common to the class. The methodology cannot be purely theoretical or hypothetical, but must be grounded in the facts of the particular case in question, and there must be some evidence of the availability of the data to which the methodology

Le point de départ pour déterminer la norme de preuve applicable aux autres conditions de certification réside dans l'arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 : le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions que prévoit les dispositions provinciales sur les recours collectifs, sauf celle voulant que les actes de procédure révèlent une cause d'action. L'examen au fond est écarté à l'étape de la certification, laquelle intéresse plutôt la forme et le caractère approprié de la poursuite par voie de recours collectif. Suivant la norme de preuve applicable, la question n'est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais bien si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. Bien que la preuve importe aux fins de la certification, la norme de preuve n'exige pas une preuve selon la prépondérance des probabilités. La procédure de certification ne comporte pas d'examen au fond de la demande et elle ne vise pas à déterminer le bien-fondé des allégations; elle intéresse plutôt la forme que revêt l'action pour déterminer s'il convient de procéder par recours collectif. L'issue d'une affaire dépend des faits qui lui sont propres. Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le tribunal que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l'instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s'écrouler à l'étape de l'examen au fond à cause du non-respect des conditions applicables.

En l'espèce, la conclusion du juge selon laquelle les demandes soulèvent des questions communes commande la déférence. Établir la communauté des questions n'exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu; à ce stade, il faut plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe. Démontrer le caractère commun des questions — la perte subie par les membres peut-elle être circonscrite à l'échelle du groupe? — commande le recours à une preuve d'expert. La méthode d'expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune; elle doit offrir une possibilité réaliste d'établir la perte à l'échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l'issue de l'examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu'elle est commune aux membres du groupe. Il ne peut s'agir d'une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l'affaire, et l'existence des données auxquelles la méthode est censée s'appliquer

is to be applied. Resolving conflicts between the experts is an issue for the trial judge and not one that should be engaged in at certification.

The applications judge's decision to certify as common issues whether damages can be determined on an aggregate basis and if so, in what amount, should not be disturbed. The question of whether damages assessed in the aggregate are an appropriate remedy can be certified as a common issue. However, this common issue should only be determined at the common issues trial after a finding of liability has been made. The ultimate decision as to whether the aggregate damages provisions of the *CPA* should be available is one that should be left to the common issues trial judge. The failure to propose or certify aggregate damages, or another remedy, as a common issue does not preclude a trial judge from invoking the provisions if considered appropriate.

The applications judge's finding that the class action is the preferable procedure should not be interfered with. In the present case, there are common issues related to the existence of the causes of action and there are also common issues related to loss to the class members. The loss-related issues can be said to be common because there is an expert methodology that has been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis. If the common issues were to be resolved, they would be determinative of M's liability and of whether passing on of the overcharge to the indirect purchasers has occurred. Because such determinations will be essential in order for the class members to recover in this case, a resolution of the common issues would significantly advance the action.

Cases Cited

Referred to: *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, aff'd 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161;

doit être étayée par quelque preuve. Trancher entre des preuves d'expert contradictoires relève du juge du procès et ne doit pas intervenir à l'étape de la certification.

La décision de certifier à titre de questions communes l'opportunité d'établir les dommages-intérêts de manière globale et, dans l'affirmative, la détermination du montant de ces dommages-intérêts, ne doit pas être réformée. La question de savoir si l'octroi de dommages-intérêts globaux constitue une réparation appropriée peut être certifiée comme question commune. Cependant, cette question commune ne sera tranchée qu'au procès, une fois la responsabilité établie. La décision relative à l'applicabilité des dispositions de la *CPA* sur les dommages-intérêts globaux doit appartenir en fin de compte au juge du procès appelé à statuer sur les questions communes. L'omission de proposer ou de certifier à titre de question commune l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts globaux ou une autre réparation n'empêche pas le juge du procès de se fonder sur les dispositions s'il l'estime indiqué.

La conclusion du juge saisi des demandes selon laquelle le recours collectif constitue la meilleure procédure ne doit pas être modifiée. Dans la présente affaire, non seulement l'existence de causes d'action, mais aussi la perte subie par les membres du groupe, constituent des questions communes. On peut dire que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu'une méthode proposée par un expert permettrait assez certainement d'établir la perte à l'échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de M et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu'il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, le règlement des questions communes ferait progresser substantiellement l'instance.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, conf. par 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977);

Chadha v. Bayer Inc. (2003), 63 O.R. (3d) 22; *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989); *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Golden Capital Securities Ltd. v. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *Smith v. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xii; *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, leave to appeal granted, [2012] 3 S.C.R. v; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *United Australia, Ltd. v. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665; *National Trust Co. v. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. v. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (1920); *Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374; *Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366; *Zidaric v. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61; *Reid v. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII); *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272, rev'g 2008 BCSC 575 (CanLII); *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (2008); *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (2002); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011); *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389; *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 1 “common issues”, 4(1), (2), 5(4), (7), 10(1), 29(1), (2).

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161; *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22; *California c. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989); *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Smith c. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81, autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, autorisation d'appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665; *National Trust Co. c. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (1920); *Mahesan c. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374; *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366; *Zidaric c. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61; *Reid c. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII); *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272, inf. 2008 BCSC 575 (CanLII); *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (2008); *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (2002); *Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011); *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389; *2038724 Ontario Ltd. c. Quizno's Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 1 « common issues » (question commune), 4(1), (2), 5(4), (7), 10(1), 29(1), (2).

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 36, Part VI, 45(1), 52(1).

Authors Cited

- Antitrust Modernization Commission. *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations*. Washington, D.C.: The Commission, 2007 (online: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm).
- Beatson, J. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.
- Cullity, Maurice. “Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407.
- Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2013, release 21).
- Friedmann, Daniel. “Restitution for Wrongs: The Basis of Liability”, in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.
- Gavil, Andrew I. “Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform” (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167.
- Glover, J. Maria. “The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law” (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137.
- Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. “Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis” (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. “Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick*” (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. “The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan” (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).
- O’Connor, Kevin J. “Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling?” (2001), 15:3 *Antitrust* 34.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 36, partie VI, 45(1), 52(1).

Doctrine et autres documents cités

- Antitrust Modernization Commission. *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations*. Washington, D.C.: The Commission, 2007 (online: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm).
- Beatson, J. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.
- Cullity, Maurice. « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407.
- Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2013, release 21).
- Friedmann, Daniel. « Restitution for Wrongs: The Basis of Liability », in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.
- Gavil, Andrew I. « Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167.
- Glover, J. Maria. « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137.
- Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. « Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick* » (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. « The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan » (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).
- O’Connor, Kevin J. « Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling? » (2001), 15:3 *Antitrust* 34.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Thimmesch, Adam. “Beyond Treble Damages: *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.*” (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649.

Van Cott, Charles C. “Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer” (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763.

Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. “*Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis” (1984), 35 *Hastings L.J.* 629.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Lowry and Frankel J.J.A.), 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90, 513 W.A.C. 90, 331 D.L.R. (4th) 671, [2011] B.C.J. No. 688 (QL), 2011 CarswellBC 930, setting aside a decision of Myers J., 2010 BCSC 285, [2010] B.C.J. No. 380 (QL), 2010 CarswellBC 508, and decisions of Tysoe J., 2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111, [2007] 1 W.W.R. 541, 44 C.C.L.T. (3d) 146, [2006] B.C.J. No. 3035 (QL), 2006 CarswellBC 2892, and 2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323, [2006] 11 W.W.R. 688, 40 C.C.L.T. (3d) 45, [2006] B.C.J. No. 1564 (QL), 2006 CarswellBC 1691. Appeal allowed.

J. J. Camp, Q.C., Reidar Mogerman, Melina Buckley and Michael Sobkin, for the appellants.

Neil Finkelstein, James Sullivan, Catherine Beagan Flood and Brandon Kain, for the respondents.

John S. Tyhurst, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphe
I. Introduction	1
II. Background.....	3
III. The Proceedings Below	6

Thimmesch, Adam. « Beyond Treble Damages : *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.* » (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649.

Van Cott, Charles C. « Standing at the Fringe : Antitrust Damages and the Fringe Producer » (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763.

Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. « *Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis » (1984), 35 *Hastings L.J.* 629.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Lowry et Frankel), 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90, 513 W.A.C. 90, 331 D.L.R. (4th) 671, [2011] B.C.J. No. 688 (QL), 2011 CarswellBC 930, qui a infirmé une décision du juge Myers, 2010 BCSC 285, [2010] B.C.J. No. 380 (QL), 2010 CarswellBC 508, et des décisions du juge Tysoe, 2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111, [2007] 1 W.W.R. 541, 44 C.C.L.T. (3d) 146, [2006] B.C.J. No. 3035 (QL), 2006 CarswellBC 2892, et 2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323, [2006] 11 W.W.R. 688, 40 C.C.L.T. (3d) 45, [2006] B.C.J. No. 1564 (QL), 2006 CarswellBC 1691. Pourvoi accueilli.

J. J. Camp, c.r., Reidar Mogerman, Melina Buckley et Michael Sobkin, pour les appelants.

Neil Finkelstein, James Sullivan, Catherine Beagan Flood et Brandon Kain, pour les intimées.

John S. Tyhurst, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Introduction	1
II. Contexte.....	3
III. Décisions des tribunaux inférieurs	6

A. Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court.....	6	A. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.....	6
B. Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal.....	10	B. Appel de la certification devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique	10
IV. Analysis	14	IV. Analyse	14
A. Indirect Purchaser Actions (the “Passing-On” Issue)	15	A. Action de l’acheteur indirect (la question du « transfert de la perte »)	15
(1) Rejection of Passing On as a Defence.....	18	(1) Rejet du transfert de la perte comme moyen de défense	18
(2) Significance of the Passing-On Defence in This Appeal	30	(2) Importance en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte	30
(3) Analysis of the “Necessary Corollary” Argument.....	34	(3) L’argument du « corollaire nécessaire »	34
(a) Double or Multiple Recovery	35	a) Recouvrement double ou multiple.....	35
(b) Remoteness and Complexity	42	b) Caractère indirect et complexité	42
(c) Deterrence.....	46	c) Effet dissuasif	46
(d) Restitutionary Principles.....	50	d) Principes de la restitution	50
(e) Departure From the Rule in <i>Illinois Brick</i> in the United States.....	51	e) Dérogation à la règle établie aux États-Unis dans l’arrêt <i>Illinois Brick</i>	51
(f) Doctrinal Commentary	52	f) Doctrine	52
(4) Conclusion on the Offensive Use of Passing On.....	60	(4) Conclusion sur l’allégation en demande du transfert de la perte	60
B. Certification of the Class Action.....	61	B. Certification du recours collectif	61
(1) The Requirements for Certification Under the British Columbia <i>Class Proceedings Act</i>	62	(1) Les conditions de certification selon la <i>Class Proceedings Act</i> de la Colombie-Britannique	62
(2) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?	63	(2) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action?	63

(a) Section 36 of the <i>Competition Act</i>	65	a) Article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	65
(b) Tort.....	72	b) Responsabilité délictuelle	72
(i) Predominant Purpose Conspiracy	74	(i) Complot visant principalement à causer un préjudice	74
(ii) Unlawful Means Conspiracy and Intentional Interference With Economic Interests.....	80	(ii) Complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers	80
(c) Restitution.....	84	c) Restitution.....	84
(i) Unjust Enrichment	85	(i) Enrichissement sans cause.....	85
(ii) Constructive Trust.....	90	(ii) Fiducie par interprétation.....	90
(iii) Waiver of Tort	93	(iii) Renonciation au recours délictuel.....	93
(3) The Remaining Certification Requirements.....	98	(3) Les autres conditions présidant à la certification	98
(a) Standard of Proof.....	99	a) Norme de preuve	99
(b) Do the Claims of the Class Members Raise Common Issues?.....	106	b) Les demandes des membres du groupe soulèvent-elles des questions communes?.....	106
(i) Expert Evidence in Indirect Purchaser Class Actions.....	114	(i) Preuve d'expert dans le cadre d'actions d'acheteurs indirects	114
(ii) Aggregate Assessment of Damages	127	(ii) Détermination globale du montant des dommages-intérêts	127
(c) Is a Class Action the Preferable Procedure?	136	c) Le recours collectif constitue-t-il la meilleure procédure pour régler les questions communes?	136
(4) Conclusion on the Certification of the Action.....	142	(4) Conclusion sur la certification du recours collectif.....	142

V. Conclusion..... 143

APPENDIX: Common Issues Certified by Myers J.

I. Introduction

[1] It is no simple task to assess liability and apportion damages in situations where the wrongdoer and the harmed parties are separated by a long and complex chain of distribution, involving many parties, purchasers, resellers and intermediaries. Such is the problem presented by indirect purchaser actions in which downstream individual purchasers seek recovery for alleged unlawful overcharges that were passed on to them through the successive links in the chain.

[2] The complexities inherent in indirect purchaser actions are magnified when such actions are brought as a class proceeding. When that happens, the courts are required to grapple with not only the difficulties associated with indirect purchaser actions, but are also then asked to decide whether the requirements for certification of a class action are met. These are the questions the Court is faced with in this appeal.

II. Background

[3] The representative plaintiffs in this action, Pro-Sys Consultants Ltd. and Neil Godfrey (collectively “Pro-Sys”), brought a class action against Microsoft Corporation and Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectively “Microsoft”) alleging that beginning in 1988, Microsoft engaged in unlawful conduct by overcharging for its Intel-compatible PC operating systems and Intel-compatible PC applications software. Pro-Sys claims that as a direct consequence of Microsoft’s unlawful conduct, it and all the class members paid and continue to pay higher prices for Microsoft operating systems and applications software than they would have paid absent the unlawful conduct.

V. Conclusion..... 143

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Myers

I. Introduction

[1] Ce n’est pas tâche facile que de statuer sur la responsabilité et de répartir les dommages-intérêts lorsque le fautif et les parties lésées se trouvent aux extrémités d’une chaîne de distribution longue et complexe constituée de nombreuses personnes, qu’il s’agisse d’acheteurs, de revendeurs ou d’intermédiaires. Là réside la difficulté que présente l’action intentée par l’acheteur indirect, lequel se situe en aval dans la chaîne de distribution, en vue de recouvrer la majoration illégale qui lui aurait été transférée d’un maillon à l’autre de la chaîne.

[2] La complexité de l’action de l’acheteur indirect s’accroît lorsqu’il y a regroupement au sein d’un recours collectif. Les tribunaux doivent alors non seulement se colleter avec les problèmes liés à une telle action, mais aussi déterminer si les conditions de certification d’un recours collectif sont réunies. Telles sont les questions sur lesquelles la Cour doit se prononcer dans le présent pourvoi.

II. Contexte

[3] Les demandeurs constitués représentants en l’espèce, Pro-Sys Consultants Ltd. et Neil Godfrey (collectivement, « Pro-Sys »), ont intenté un recours collectif contre Microsoft Corporation et Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectivement, « Microsoft »). Ils allèguent qu’à compter de 1988, Microsoft a agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application pour ordinateur personnel compatibles avec le processeur Intel. Selon Pro-Sys, le comportement illégal de Microsoft a eu pour conséquence directe que tous les membres du groupe et elle ont payé et paient toujours, pour les systèmes d’exploitation et les logiciels d’application de Microsoft, un prix supérieur à celui qu’ils auraient payé n’eût été ce comportement.

[4] Pro-Sys sought certification of the action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“CPA”).

[5] The proposed class is made up of ultimate consumers who acquired Microsoft products from re-sellers, re-sellers who themselves purchased the products either directly from Microsoft or from other re-sellers higher up the chain of distribution. These consumers are known as the “indirect purchasers”. The proposed class was defined in the statement of claim as

all persons resident in British Columbia who, on or after January 1, 1994, indirectly acquired a license for Microsoft Operating Systems and/or Microsoft Applications Software for their own use, and not for purposes of further selling or leasing.

(2010 BCSC 285 (CanLII), at para. 16)

III. The Proceedings Below

A. *Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court*

[6] Pro-Sys filed its original statement of claim in the British Columbia Supreme Court (“B.C.S.C.”) in December 2004. Thereafter numerous amendments to the Statement of Claim were made with the approval of Tysoe J., ultimately resulting in the Third Further Amended Statement of Claim. A Fourth Further Amended Statement of Claim has not officially been filed.

[7] In 2006, Microsoft sought an order striking out the claim altogether and an order dismissing the action. In the alternative, it sought to strike out only portions of the claim. The parties agreed that the outcome of the application to strike would be determinative of the certification requirement under s. 4(1)(a) of the CPA that the pleadings disclose a cause of action.

[8] Tysoe J. found causes of action under s. 36 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, in tort

[4] Pro-Sys a demandé la certification de l’action à titre de recours collectif en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« CPA »).

[5] Le groupe proposé se compose des consommateurs finaux qui ont acheté des produits Microsoft à des revendeurs qui les avaient eux-mêmes achetés soit directement à Microsoft, soit à d’autres revendeurs situés en amont dans la chaîne de distribution. On les qualifie d’« acheteurs indirects ». Le groupe proposé est défini comme suit dans la déclaration :

[TRADUCTION] . . . toutes les personnes résidant en Colombie-Britannique qui, depuis le 1^{er} janvier 1994, ont acquis indirectement une licence pour un système d’exploitation ou un logiciel d’application de Microsoft à leur usage personnel, et non aux fins de revente ou de location.

(2010 BCSC 285 (CanLII), par. 16)

III. Décisions des tribunaux inférieurs

A. *Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique*

[6] Pro-Sys a déposé sa déclaration initiale à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (« C.S.C.-B. ») en décembre 2004. Puis, avec l’approbation du juge Tysoe, elle y a apporté de nombreuses modifications pour arriver finalement à la troisième déclaration modifiée. Une quatrième déclaration modifiée n’a pas été officiellement déposée au dossier.

[7] En 2006, Microsoft a demandé la radiation de la demande et le rejet de l’action. À titre subsidiaire, elle a demandé la radiation de certaines parties seulement de la demande. Les parties conviennent que le sort réservé à la demande de radiation sera déterminant sur le respect de la condition de certification, prévue à l’al. 4(1)(a) de la CPA, voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action.

[8] Le juge Tysoe conclut, pour les besoins de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985,

for conspiracy and intentional interference with economic interests and in restitution for waiver of tort (2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323). He ordered that the portions of the pleadings dealing with unjust enrichment and constructive trust should be struck out as they were not sufficient to support such claims, unless they were amended by Pro-Sys. Upon further motion to amend the claims (2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111), Tysoe J. allowed amendments to support the claims of unjust enrichment and constructive trust.

[9] Following his rulings on the applications to strike and to amend, Tysoe J. was appointed to the British Columbia Court of Appeal (“B.C.C.A.”), and Myers J. assumed management of the case. Myers J. assessed the remaining certification requirements set out in s. 4(1) of the *CPA*, namely (i) whether there was an identifiable class (s. 4(1)(b)); (ii) whether the claims of the class members raised common issues (s. 4(1)(c)); (iii) whether the class action was the preferable procedure (s. 4(1)(d)); and (iv) whether Pro-Sys and Neil Godfrey could adequately represent the class (s. 4(1)(e)). Myers J. certified the action, finding that all four of the remaining requirements for certification were met (2010 BCSC 285 (CanLII)). The common issues certified by Myers J. are listed in the appendix to these reasons.

B. *Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90*

[10] Microsoft appealed from the decisions of Tysoe and Myers JJ. The majority of the B.C.C.A., *per* Lowry J.A. (Frankel J.A. concurring), allowed the appeal, set aside the certification order and dismissed the action, finding it plain and obvious that the class members had no cause of action under s. 4(1)(a) of the *CPA*. The majority reached this conclusion after determining that indirect purchaser actions were not available as a matter of law

ch. C-34, à l’existence de causes d’action en responsabilité délictuelle pour complot et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers, et en restitution pour renonciation au recours délictuel (2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323). Il ordonne que les éléments des actes de procédure qui concernent l’enrichissement sans cause et la fiducie par interprétation soient radiés au motif que, dans leur libellé actuel et sauf modification par Pro-Sys, ils n’appuient pas les allégations. Sur demande de modification des actes de procédure, le juge Tysoe autorise ensuite leur modification (2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111) afin qu’ils appuient les allégations d’un enrichissement sans cause et d’une fiducie par interprétation.

[9] Après avoir statué sur les demandes de radiation et de modification, le juge Tysoe a été nommé à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (« C.A.C.-B. »), et le juge Myers s’est vu confier la gestion de l’instance. Le juge Myers a examiné les autres conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA*, à savoir (i) l’existence d’un groupe identifiable de personnes (al. 4(1)(b)), (ii) le fait que les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune (al. 4(1)(c)), (iii) le fait que le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler la question (al. 4(1)(d)) et (iv) l’aptitude de Pro-Sys et de Neil Godfrey à bien représenter le groupe (al. 4(1)(e)). Il a certifié le recours et conclu que ces quatre autres conditions étaient réunies (2010 BCSC 285 (CanLII)). Les questions communes certifiées par le juge Myers sont énumérées en annexe.

B. *Appel de la certification devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90*

[10] Microsoft a porté en appel les décisions des juges Tysoe et Myers. Les juges majoritaires de la Cour d’appel, par la voix du juge Lowry (avec l’accord du juge Frankel), accueillent l’appel, annulent l’ordonnance de certification et rejettent l’action au motif qu’il est manifeste que les membres du groupe n’ont pas de cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*. Ils arrivent à cette conclusion après avoir établi qu’un acheteur indirect

in Canada. As such, it did not consider the other certification requirements.

[11] Donald J.A., dissenting, would have dismissed the appeal and certified the action, finding indirect purchaser actions to be permitted in Canada, and finding sufficient grounds for the action.

[12] In the B.C.C.A., the present case was heard together with another case dealing with substantially similar issues (*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55). Counsel for the plaintiffs was the same in both appeals and the appeals were heard by the same panel of judges. As in the present appeal, in *Sun-Rype*, the issue of whether indirect purchaser actions are available in Canada was determinative. In reasons released simultaneously with the reasons in this appeal, the majority of the B.C.C.A. disposed of *Sun-Rype* in the same manner, decertifying and dismissing the indirect purchasers' class action on the basis that indirect purchaser actions were not available under Canadian law. Donald J.A. dissented, finding, as in this appeal, that indirect purchaser actions were permitted.

[13] Leave to appeal was granted in both cases by this Court. They were heard with another indirect purchaser class action originating in Quebec, *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, which this Court has addressed in separate reasons, *per* LeBel and Wagner JJ. Reasons in *Sun-Rype* can be found at 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545.

IV. Analysis

[14] The issues are addressed in the following order:

- (1) Did the majority of the B.C.C.A. err in finding that indirect purchaser actions were not available as a matter of law in Canada?

ne peut légalement intenter une action au Canada. Ils n'examinent donc pas les autres conditions de certification.

[11] Dissident, le juge Donald aurait rejeté l'appel et certifié l'action car, selon lui, l'acheteur indirect peut poursuivre au Canada et l'action est suffisamment étayée.

[12] La Cour d'appel a entendu l'appel de pair avec un autre dont l'objet est assez semblable, soit *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55. Les demandeurs étaient représentés par les mêmes avocats, et les deux appels ont été entendus par la même formation de juges. Dans *Sun-Rype*, comme en l'espèce, la question déterminante était celle de savoir si, au Canada, un acheteur indirect peut intenter un recours. Dans des motifs rendus en même temps que dans la présente affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel réservent le même sort à l'appel, annulent la certification et rejettent le recours collectif des acheteurs indirects au motif que le droit canadien n'autorise pas le recours de l'acheteur indirect. Dissident, le juge Donald conclut que l'acheteur indirect possède un recours.

[13] L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée dans les deux affaires. Il y a eu audition commune des deux appels, ainsi que d'*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, une autre affaire de recours collectif intenté au Québec par des acheteurs indirects dans laquelle les juges LeBel et Wagner se prononcent dans des motifs distincts. Les motifs de l'arrêt *Sun-Rype* sont publiés sous la référence 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545.

IV. Analyse

[14] La Cour examine les questions en litige dans l'ordre suivant :

- (1) Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont-ils tort de conclure qu'un acheteur indirect ne peut légalement intenter une action au Canada?

- (2) Were the findings of Tysoe J. as to the requirement that the pleadings disclose a cause of action under s. 4(1)(a) of the *CPA* correct?
- (3) Were the findings of Myers J. as to the balance of the certification requirements under s. 4(1) of the *CPA* correct?

A. *Indirect Purchaser Actions (the “Passing-On” Issue)*

[15] In this appeal, the parties have introduced numerous issues. The one occupying the largest portion of the factums and the oral argument was the question of whether indirect purchasers have the right to bring an action to recover losses that were passed on to them. Some sources have treated this issue as one of standing. I think it more appropriate to treat it as a threshold issue to be determined before moving into the specific causes of action alleged in the certification application.

[16] As I have described above, indirect purchasers are consumers who have not purchased a product directly from the alleged overcharger, but who have purchased it either from one of the overcharger’s direct purchasers, or from some other intermediary in the chain of distribution. The issue is whether indirect purchasers have a cause of action against the party who has effectuated the overcharge at the top of the distribution chain that has allegedly injured them indirectly as the result of the overcharge being “passed on” down the chain to them.

[17] Microsoft argues that indirect purchasers should have no such cause of action. Its submits that permitting indirect purchasers to bring an action against the alleged overcharger to recover loss that has been “passed on” would be inconsistent with this Court’s jurisprudence, which it says rejected passing on as a defence. Microsoft says that the rejection of the “passing-on” defence necessarily entails a rejection of the *offensive* use of passing on by indirect purchasers to recover overcharges that were passed on to them. I begin with a description

- (2) Le juge Tysoe a-t-il raison de conclure que les actes de procédure révèlent une cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*?
- (3) La conclusion du juge Myers sur les autres conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA* est-elle fondée?

A. *Action de l’acheteur indirect (la question du « transfert de la perte »)*

[15] Les parties au pourvoi soulèvent de nombreuses questions, dont celle qui revient le plus souvent dans les mémoires et les plaidoiries, à savoir si l’acheteur indirect peut tenter une action pour recouvrer la perte qui lui a été transférée. D’aucuns estiment qu’il s’agit de savoir s’il a ou non qualité pour agir. Je pense qu’il convient davantage d’y voir une question préliminaire à trancher avant l’examen des causes d’action précises alléguées dans la demande de certification du recours collectif.

[16] Comme je l’indique précédemment, l’acheteur indirect est un consommateur qui n’a pas acheté le produit directement à l’auteur de la majoration, mais à un acheteur direct ou à un autre intermédiaire dans la chaîne de distribution. Dès lors, a-t-il une cause d’action contre l’auteur de la majoration qui se situe au sommet de la chaîne de distribution et qui l’aurait indirectement lésé du fait que la majoration lui a été « transférée » à l’autre extrémité de la chaîne de distribution?

[17] Microsoft fait valoir que l’acheteur indirect ne doit pas se voir reconnaître une telle cause d’action, car selon elle, l’autoriser à ester contre l’auteur allégué de la majoration pour recouvrer la perte qui lui a été « transférée » est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour, qui écarte le moyen de défense fondé sur pareil transfert. Microsoft affirme que le rejet du transfert de la perte comme *moyen de défense* implique nécessairement son exclusion comme cause d’action aux fins de recouvrer la perte qui découle d’une

of the passing-on defence and then deal with its impact on indirect purchaser actions.

(1) Rejection of Passing On as a Defence

[18] The passing-on defence was typically advanced by an overcharger at the top of a distribution chain. It was invoked under the proposition that if the direct purchaser who sustained the original overcharge then passed that overcharge on to its own customers, the gain conferred on the overcharger was not at the expense of the direct purchaser because the direct purchaser suffered no loss. As such, the fact that the overcharge was “passed on” was argued to be a defence to actions brought by the direct purchaser against the party responsible for the overcharge.

[19] The passing-on defence has been rejected in both Canadian and U.S. jurisprudence. It was first addressed by the Supreme Court of the United States in 1968 in *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968). In that case, Hanover sued United for damages under U.S. antitrust laws because United would only lease, not sell, its shoe machinery, which Hanover claimed resulted in an overcharge to it. United argued that Hanover had passed on the overcharge to its own customers and had therefore suffered no harm. The U.S. Supreme Court (*per* White J., Stewart J. dissenting) rejected the passing-on defence to overcharging. It cited difficulties in ascertaining the nature and extent of the passing on of the overcharge as the reason for rejecting the defence:

Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price

majoration refilée à l’acheteur indirect. Je ferai d’abord état du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, puis j’examinerai son incidence sur l’action de l’acheteur indirect.

(1) Rejet du transfert de la perte comme moyen de défense

[18] Le transfert de la perte a généralement été invoqué en défense par l’auteur de la majoration situé au sommet de la chaîne de distribution. L’argument voulait que si l’acheteur direct absorbait la majoration puis la transférait à ses propres clients, l’auteur de la majoration ne réalisait pas le bénéfice au détriment de l’acheteur direct, car celui-ci ne subissait aucune perte. Ce « transfert » de la majoration était donc invoqué en défense à l’action intentée par l’acheteur direct contre l’auteur de la majoration.

[19] Les tribunaux tant canadiens qu’américains ont rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. La question a d’abord été examinée en 1968 par la Cour suprême des États-Unis dans *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968). Dans cette affaire, Hanover avait poursuivi United en dommages-intérêts sous le régime des dispositions américaines antitrust au motif que cette dernière offrait seulement la location, et non la vente, de ses équipements de fabrication de chaussures, ce qui coûtait plus cher. United avait fait valoir que Hanover avait transféré le surcoût à ses propres clients et n’avait donc pas subi de préjudice. La Cour suprême des États-Unis (le juge White, sous réserve de la dissidence du juge Stewart) a rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Elle a invoqué la difficulté de déterminer la nature et la portée du transfert du surcoût :

[TRADUCTION] Même si l’on pouvait montrer que l’acheteur a augmenté son prix à cause du surcoût, et en proportion du surcoût, et que sa marge bénéficiaire et son chiffre de ventes total n’ont pas baissé après cela, il resterait une difficulté quasi insurmontable, c’est-à-dire de démontrer que, n’eût été le surcoût, le demandeur en cause n’aurait pas pu augmenter

had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable. [p. 493]

[20] The court added that to leave the only actionable causes in the hands of the indirect purchasers who “have only a tiny stake in a lawsuit and little interest in attempting a class action”, would mean that “those who violate the antitrust laws by price fixing or monopolizing would retain the fruits of their illegality” (*Hanover Shoe*, at p. 494). The court thus rejected the passing-on defence. Since *Hanover Shoe*, defendants who effectuate illegal overcharges have been precluded from employing the passing-on defence as a means of absolving themselves of liability to their direct purchasers.

[21] The passing-on defence was rejected in Canada in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, in the context of a claim for the recovery of taxes paid pursuant to *ultra vires* legislation. The dispute in that case arose out of a claim for the recovery of *ultra vires* user charges on liquor levied by the province of New Brunswick against Kingstreet Investments, whose business, among other things, involved the operation of night clubs. Bastarache J., writing for a unanimous Court, held that a public authority who had illegally overcharged a taxpayer could not reduce its liability for the overcharge simply by establishing that some or all of the overcharge was passed on to the taxpayer’s customers.

[22] Bastarache J. found the passing-on defence to be inconsistent with the basic premise of restitution law. Basic restitutionary principles “provide for restoration of ‘what has been taken or received from the plaintiff without justification’ Restitution law is not concerned by the possibility of the plaintiff obtaining a windfall precisely because it is not founded on the concept of compensation for

ou n’aurait pas augmenté ses prix, ou qu’il n’aurait pas pu maintenir le prix plus élevé si le surcoût n’avait pas été imposé. Comme la preuve de l’applicabilité du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte exigerait une démonstration convaincante à l’égard de chacune de ces données pratiquement impossible à établir, la tâche se révélerait normalement insurmontable. [p. 493]

[20] La cour ajoute que reconnaître une cause d’action au seul acheteur indirect, qui [TRADUCTION] « n’a qu’un intérêt minime dans la poursuite judiciaire et que peu d’intérêt à intenter un recours collectif » revient à permettre à « celui qui enfreint les dispositions antitrust interdisant la fixation des prix ou la monopolisation de conserver le fruit de ses actes illégaux » (*Hanover Shoe*, p. 494). Elle rejette donc le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Depuis *Hanover Shoe*, le défendeur qui impose un surcoût illégal ou effectue une majoration illégale ne peut invoquer le transfert de la perte en défense pour échapper à sa responsabilité envers son acheteur direct.

[21] Au Canada, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a été rejeté dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, une affaire de recouvrement de taxes payées en application de dispositions *ultra vires*. Le litige découlait d’une action intentée par Kingstreet Investments, qui exploitait entre autres des boîtes de nuit, pour recouvrer le montant de redevances d’exploitation perçues illégalement par la province du Nouveau-Brunswick sur les boissons alcooliques. Au nom des juges unanimes de la Cour, le juge Bastarache conclut que l’autorité publique qui perçoit illégalement une taxe ne peut limiter sa responsabilité à cet égard en établissant simplement que le contribuable a refilé la taxe à ses clients en totalité ou en partie.

[22] Le juge Bastarache estime que ce moyen de défense est incompatible avec le fondement premier du droit de la restitution. Les principes fondamentaux applicables en la matière « pourvoient à la restitution au demandeur de [TRADUCTION] « ce qui lui a été pris ou a été reçu de lui sans justification » [. . .] La possibilité que le demandeur obtienne un profit fortuit n’a pas d’importance du

loss” (*Kingstreet*, at para. 47, quoting *Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51 (H.C.A.), at p. 71). Accordingly, “[a]s between the taxpayer and the Crown, the question of whether the taxpayer has been able to recoup its loss from some other source is simply irrelevant” (*Kingstreet*, at para. 45, quoting P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf 2005), at p. 11-45).

[23] Bastarache J. also found the passing-on defence to be “economically misconceived” (*Kingstreet*, at para. 48). By this he accepted that the task of determining the ultimate location of the harm of the overcharge is “exceedingly difficult and constitutes an inappropriate basis for denying relief” (para. 44). Echoing the misgivings expressed in *Hanover Shoe*, he cited the inherent difficulty in accounting for the effects of market elasticities on the prices charged by direct purchasers as the basis for this conclusion. He found these complexities made it impossible to tell what part, if any, of the overcharge was actually passed on (*Kingstreet*, at para. 48).

[24] Pro-Sys says that *Kingstreet* stands only for the rejection of the defence in the context of *ultra vires* taxes. In my view, however, there are three reasons that lead to the conclusion that Bastarache J.’s rejection of the passing-on defence in *Kingstreet* was not limited to that context.

[25] First, this Court’s jurisprudence supports the broader rejection of the passing-on defence. In *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74 (“*Canfor*”), the Crown claimed “diminution of the value of the timber” that it sold, following a forest fire caused largely by *Canfor*. Though the Court ultimately held in that case that the Crown had not in fact suffered loss because it was able to recover its damages through the regulatory scheme it had

point de vue du droit de la restitution, précisément parce que celui-ci ne repose pas sur le concept de l’indemnisation d’une perte » (*Kingstreet*, par. 47, citant *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51 (H.C.A.), p. 71). Par conséquent, « [d]u point de vue des rapports entre le contribuable et l’État, la question de savoir si le contribuable a été en mesure de récupérer sa perte auprès d’une autre source n’est tout simplement pas pertinente » (*Kingstreet*, par. 45, citant P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles 2005), p. 11-45).

[23] Le juge Bastarache conclut en outre que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas « judicieux sur le plan économique » (*Kingstreet*, par. 48). Il admet ainsi que déterminer l’identité de celui à qui incombe en dernier ressort la charge de la taxe « s’avère extrêmement difficile, et il ne convient pas de refuser une réparation en se basant sur ce motif » (par. 44). Revenant sur les réserves exprimées dans *Hanover Shoe*, il évoque à l’appui de sa conclusion la difficulté de déterminer les effets que l’élasticité du marché aura sur les prix demandés par les acheteurs directs. Il conclut qu’en raison de cette difficulté, il est impossible de dire quelle partie de la perte, s’il en est, a été effectivement transférée (*Kingstreet*, par. 48).

[24] Selon Pro-Sys, l’arrêt *Kingstreet* ne milite en faveur du rejet du moyen de défense que dans le contexte du prélèvement d’une taxe *ultra vires*. J’estime toutefois qu’il y a lieu trois raisons de conclure que le juge Bastarache n’écarte pas le transfert de la perte comme moyen de défense que dans ce seul cas.

[25] Premièrement, la jurisprudence de notre Cour appuie le rejet général du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74 (« *Canfor* »), la Couronne invoquait la « diminution de la valeur du bois » qu’elle avait vendu par suite d’un incendie de forêt imputable en grande partie à *Canfor*. Même si, en fin de compte, la Cour conclut que la Couronne n’a pas subi de préjudice puisqu’elle a pu

instituted, Binnie J. stated (albeit in *obiter*) that “[i]t is not generally open to a wrongdoer to dispute the existence of a loss on the basis it has been ‘passed on’ by the plaintiff” because this would burden courts with “the endlessness and futility of the effort to follow every transaction to its ultimate result” (para. 111, quoting *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), at p. 534). Likewise, in the same decision LeBel J., dissenting, though not on this point, said that “the passing-on defence, on the facts of this case and generally, must not be allowed to take hold in Canadian jurisprudence” (para. 197). To allow otherwise, LeBel J. indicated, would force a difficult burden of proof on the plaintiff to demonstrate not only that it had suffered a loss, but that it did not engage in any other transactions that would have offset the loss (para. 203).

[26] In *Kingstreet*, Bastarache J. endorsed the reasons for rejecting the passing-on defence advanced by LeBel J. in the tort law context in *Canfor*, saying such rejection was of equal if not greater consequence in restitution law (para. 49).

[27] Second, in *Kingstreet*, Bastarache J. found that the rejection of the passing-on defence was consistent with basic restitutionary law principles. Specifically, the rejection of the defence accords with the principle against unjust enrichment or *nullus commodum capere potest de injuria sua propria* (barring wrongdoers from benefiting from their unlawful actions). Preventing defendants from invoking passing on as a defence helps to ensure that wrongdoers are not permitted to retain their ill-gotten gains simply because it would be difficult to ascertain the precise extent of the harm. Likewise, it is important as a matter of restitutionary law to ensure that wrongdoers who overcharge their purchasers do not operate with impunity, on the grounds that complexities in tracing the overcharge through the chain of distribution will serve to shield them from liability.

recouvrer ses pertes grâce au régime réglementaire applicable, le juge Binnie fait remarquer (de manière incidente) qu’« [i]l n’est généralement pas loisible à l’auteur d’une faute de contester l’existence d’une perte au motif qu’elle a été “transférée” par le demandeur », car pareille prétention obligerait le tribunal à entreprendre « la tâche interminable et futile de suivre chaque opération jusqu’à son aboutissement ultime » (par. 111, citant *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), p. 534). De même, le juge LeBel, dissident, mais non sur ce point, opine qu’« au regard des faits de l’espèce et en général, il ne faut pas laisser ce moyen de défense s’enraciner dans la jurisprudence canadienne » (par. 197). Selon lui, admettre ce moyen de défense obligerait le demandeur à prouver non seulement qu’il a subi une perte, mais aussi qu’il n’a pas réalisé d’autres opérations commerciales qui l’ont indemnisé de la perte, ce qui serait ardu (par. 203).

[26] Dans *Kingstreet*, le juge Bastarache souscrit aux motifs pour lesquels, dans *Canfor*, le juge LeBel rejette le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte en droit de la responsabilité délictuelle et opine que ce rejet vaut tout autant, sinon plus, en droit de la restitution (par. 49).

[27] Deuxièmement, dans *Kingstreet*, le juge Bastarache conclut qu’écarter le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est compatible avec les principes fondamentaux du droit de la restitution. Plus précisément, c’est observer la règle qui interdit l’enrichissement sans cause ou la maxime *nullus commodum capere potest de injuria sua propria* (selon laquelle le fautif ne saurait tirer avantage de son acte illégal). Empêcher le défendeur d’invoquer le transfert de la perte en défense contribue à faire en sorte que le fautif ne puisse conserver le gain mal acquis seulement parce qu’il est difficile de circonscrire le préjudice avec précision. De même, en matière de restitution, il importe de s’assurer que le fautif qui majore le prix exigé de l’acheteur ne le fasse pas impunément parce que la difficulté de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre de la chaîne de distribution ne permet pas d’établir sa responsabilité.

[28] Finally, there is support in the academic commentary for the broader rejection of the passing-on defence. Madaugh and McCamus have stated that *Kingstreet* was an “authoritative and apparently comprehensive rejection” of the passing-on defence in Canada, and that “[i]n reaching this conclusion, the Supreme Court reflected a broad international consensus with respect to the unsuitability of this defence” (loose-leaf 2013), at p. 11-46).

[29] For these reasons, I conclude that the rejection of the passing-on defence in *Kingstreet* is not limited to the context of the imposition of *ultra vires* taxes. There is no principled reason to reject the defence in one context but not another; the passing-on defence is rejected throughout the whole of restitutionary law.

(2) Significance of the Passing-On Defence in This Appeal

[30] As described above, the offensive use of passing on would provide the basis for indirect purchaser actions. Microsoft argues that this Court’s rejection of the passing-on defence carries, as a necessary corollary, a corresponding rejection of the offensive use of passing on. The rationale is that the rejection should apply equally so that if overchargers are not permitted to rely on passing on in their own defence, indirect purchasers should also not be able to invoke passed on overcharges as a basis for their cause of action.

[31] Microsoft relies on the 1977 decision of the U.S. Supreme Court in *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Illinois Brick manufactured concrete block and sold it to masonry contractors who in turn provided their services to general contractors. The general contractors incorporated the concrete block into buildings and sold the buildings to customers such as the State of Illinois. The State was therefore an indirect purchaser of the products of Illinois Brick (p. 726). The State alleged that Illinois Brick had engaged in a conspiracy to fix the prices of concrete block, contrary to U.S. antitrust legislation,

[28] Enfin, l’exclusion générale du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte trouve appui chez les auteurs de doctrine. Ainsi, selon Madaugh et McCamus, l’arrêt *Kingstreet* constitue une [TRADUCTION] « exclusion globale à la fois péremptoire et manifeste » du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte au Canada; « [p]our tirer cette conclusion, la Cour adhère au large consensus international sur l’inapplicabilité de ce moyen de défense » ((feuilles mobiles 2013), p. 11-46).

[29] C’est pourquoi je conclus que le rejet de ce moyen de défense dans *Kingstreet* ne vaut pas que pour l’imposition d’une taxe *ultra vires*. Nul motif rationnel ne permet d’écarter le moyen de défense dans un contexte, mais pas dans un autre; il est toujours exclu aux fins du droit de la restitution.

(2) Importance en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte

[30] Comme je l’indique précédemment, le transfert de la perte comme cause d’action fonderait le recours de l’acheteur indirect. Pour Microsoft, le rejet par notre Cour du transfert de la perte comme moyen de défense a nécessairement pour corollaire son rejet comme cause d’action. Or, si l’auteur de la majoration ne peut invoquer le transfert de la perte en défense, l’acheteur indirect ne devrait pas non plus pouvoir l’invoquer en demande.

[31] Microsoft cite l’arrêt *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), rendu par la Cour suprême des États-Unis en 1977. Illinois Brick fabriquait des blocs de béton qu’elle vendait à des entrepreneurs en maçonnerie qui, à leur tour, fournissaient leurs services à des entrepreneurs généraux. Ces derniers utilisaient les blocs de béton pour construire des bâtiments qu’ils vendaient notamment à l’État de l’Illinois, lequel était donc un acheteur indirect des produits d’Illinois Brick (p. 726). À titre d’acheteur indirect, l’État a poursuivi Illinois Brick pour participation à un complot visant à fixer le prix des blocs de béton,

and brought an indirect purchaser action against the company (p. 727).

[32] The U.S. Supreme Court found against the State of Illinois. It held that since, according to *Hanover Shoe*, passing on may not be used defensively, it should not be available to indirect purchasers to use offensively by bringing an action alleging that an overcharge was passed down to them. The court explained that “whatever rule [was] to be adopted regarding pass-on in antitrust damages actions, it must apply equally to plaintiffs and defendants” (*Illinois Brick*, at p. 728).

[33] Microsoft argues that, just as the prohibition on the offensive use of passing on in *Illinois Brick* was considered a necessary corollary to the rejection of the passing-on defence in *Hanover Shoe*, the same result should flow in Canada from the rejection of the passing-on defence in *Kingstreet*. The passing-on issue was not raised before either of the applications judges because those decisions were released prior to *Kingstreet*. However, the majority of the B.C.C.A. accepted this argument in dismissing the Pro-Sys claim.

(3) Analysis of the “Necessary Corollary” Argument

[34] As I will explain, despite the rejection of the passing-on defence, the arguments advanced by Microsoft as to why there should be a corresponding rejection of the offensive use of passing on are not persuasive. Symmetry for its own sake without adequate justification cannot support the “necessary corollary” argument. In my view, the arguments advanced by Microsoft do not provide such justification.

(a) *Double or Multiple Recovery*

[35] Microsoft submits that the offensive use of passing on through indirect purchaser actions leaves it exposed to liability from all purchasers in the chain of distribution. It says that its inability to

contrairement aux dispositions américaines anti-trust (p. 727).

[32] La Cour suprême des États-Unis l’a débouté. À son avis, puisque le transfert de la perte ne pouvait être invoqué en défense suivant l’arrêt *Hanover Shoe*, l’acheteur indirect ne pouvait non plus ester en alléguant que la majoration de prix lui avait été transférée. Selon la cour, [TRADUCTION] « quelle que soit la règle applicable au transfert de la perte pour les besoins d’une action antitrust en dommages-intérêts, elle doit s’appliquer tant au demandeur qu’au défendeur » (*Illinois Brick*, p. 728).

[33] Selon Microsoft, étant donné que, dans *Illinois Brick*, l’impossibilité d’invoquer en demande le transfert de la perte est considérée comme le corollaire nécessaire du rejet, dans *Hanover Shoe*, du transfert de la perte comme moyen de défense, le rejet du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Kingstreet* doit emporter la même exclusion en demande au Canada. Les juges de première instance en l’espèce ayant été saisis des demandes avant l’arrêt *Kingstreet*, la question du transfert de la perte n’a pas été soulevée devant eux. Toutefois, les juges majoritaires de la C.A.C.-B. font droit à la prétention et rejettent l’action de Pro-Sys.

(3) L’argument du « corollaire nécessaire »

[34] Comme je l’explique plus loin, malgré le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense, les arguments invoqués par Microsoft pour justifier également son exclusion comme cause d’action ne sont pas convaincants. À défaut d’une justification suffisante, la symétrie ne peut étayer à elle seule la thèse du « corollaire nécessaire ». À mon avis, la thèse avancée par Microsoft n’offre pas une telle justification.

a) *Recouvrement double ou multiple*

[35] Microsoft soutient que l’allégation en demande du transfert de la perte par un acheteur indirect lui fait courir le risque d’être tenue responsable vis-à-vis de tous les acquéreurs dans

employ the passing-on defence means that direct purchasers would be able to seek recovery for the entire amount of the overcharge. If, at the same time, indirect purchasers bring actions, this would result in both direct and indirect purchasers seeking recovery of the same amount. Microsoft argues that this potential for double or even multiple recovery should be a sufficient reason to reject the offensive use of passing on.

[36] In *Illinois Brick*, the U.S. Supreme Court considered multiple recovery to be a “serious risk” and said that it was “unwilling to ‘open the door to duplicative recoveries’” (pp. 730-31, *per* White J.):

A one-sided application of *Hanover Shoe* substantially increases the possibility of inconsistent adjudications — and therefore of unwarranted multiple liability for the defendant — by presuming that one plaintiff (the direct purchaser) is entitled to full recovery while preventing the defendant from using that presumption against the other plaintiff . . . [Emphasis deleted; p. 730.]

[37] This concern cannot be lightly dismissed. However, in my view, there are countervailing arguments to be considered. Practically, the risk of duplicate or multiple recoveries can be managed by the courts. Brennan J., dissenting in *Illinois Brick*, indicated that the risk of overlapping recovery exists only where additional suits are filed after an award for damages has been made or where actions by direct and indirect purchasers are pending at the same time. In both cases, he said, the risk is remote (pp. 762-64).

[38] In the first situation, Brennan J. stated that the complex and protracted nature of antitrust actions, coupled with the short four-year statute of limitations, “make it impractical for potential plaintiffs to sit on their rights until after entry of judgment in the earlier suit” (*Illinois Brick*, at p. 764). With respect to actions under the *Competition Act*, the same reasoning would apply in Canada where our competition actions are similarly complex and where legislation restricts individual

la chaîne de distribution. Elle ajoute que l'impossibilité d'invoquer en défense le transfert de la perte permettra à l'acheteur direct d'obtenir le recouvrement intégral de la somme payée en trop. Si l'acheteur indirect intente lui aussi une action, tant l'acheteur direct que l'acheteur indirect pourront tenter de recouvrer la même somme. Microsoft fait valoir que ce risque de recouvrement double, voire multiple, justifie que l'on exclut l'allégation en demande du transfert de la perte.

[36] Dans *Illinois Brick*, la Cour suprême des États-Unis estime que le recouvrement multiple constitue un [TRADUCTION] « risque sérieux » et elle se dit « non disposée à y donner ouverture » (p. 730-731, le juge White) :

[TRADUCTION] L'application asymétrique de l'arrêt *Hanover Shoe* augmente considérablement le risque de décisions contradictoires et, par conséquent, de responsabilité multiple imputée sans fondement au défendeur en ce qu'elle présume qu'un des demandeurs (l'acheteur direct) a droit au recouvrement intégral et qu'elle refuse au défendeur le droit d'invoquer cette présomption contre l'autre demandeur . . . [Italiques omis; p. 730.]

[37] On ne saurait écarter cette préoccupation à la légère, mais j'estime que des arguments à l'effet contraire doivent être considérés. Dans les faits, les tribunaux peuvent gérer le risque de recouvrement double ou multiple. Dans *Illinois Brick*, le juge Brennan, dissident, indique que ce risque n'existe que lorsque d'autres poursuites sont intentées après l'indemnisation ou que les actions d'acheteurs directs et indirects sont simultanément en instance. Selon lui, le risque demeure faible dans les deux cas (p. 762-764).

[38] Dans le premier cas, le juge Brennan affirme que la complexité et la durée des poursuites antitrust, auxquelles s'ajoute le court délai de prescription de quatre ans, [TRADUCTION] « peuvent empêcher les demandeurs éventuels d'attendre le prononcé d'un premier jugement pour faire valoir leurs droits » (*Illinois Brick*, p. 764). Le même raisonnement vaut au Canada pour les actions intentées sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, qui sont tout aussi complexes et

recovery for damages for violations to just two years (see *Competition Act*, at s. 36(4)(a)).

[39] As for the risk of double recovery where actions by direct and indirect purchasers are pending at the same time, it will be open to the defendant to bring evidence of this risk before the trial judge and ask the trial judge to modify any award of damages accordingly. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, in discussing the risk of a plaintiff seeking double recovery under separate legal provisions, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, held that

[t]he courts are well able to prevent double recovery in the theoretical and unlikely event of plaintiffs trying to obtain relief under both sets of provisions. . . . [T]he Court at the final stage of finding and quantifying liability could prevent double recovery if in fact compensation and an accounting had already been made by a defendant. No court would permit double recovery. [p. 191]

If the defendant is able to satisfy the judge that the risk is beyond the court's control, the judge retains the discretion to deny the claim.

[40] Likewise, if the defendant presents evidence of parallel suits pending in other jurisdictions that would have the potential to result in multiple recovery, the judge may deny the claim or modify the damage award in accordance with an award sought or granted in the other jurisdiction in order to prevent overlapping recovery.

[41] In view of these practical tools at the courts' disposal, I would agree with Donald J.A. of the B.C.C.A., dissenting in *Sun-Rype*, that "the double recovery rule should not in the abstract bar a claim in real life cases where double recovery can be avoided" (para. 30). At this stage of the proceeding, Microsoft has not produced evidence

auxquelles s'applique un délai de prescription de seulement deux ans lorsqu'une personne réclame une somme égale au montant des dommages qu'elle a subis (voir la *Loi sur la concurrence*, al. 36(4)a)).

[39] Dans le second cas — le risque de double indemnisation lorsque l'action de l'acheteur direct et celle de l'acheteur indirect sont en instance simultanément —, le défendeur peut présenter une preuve de ce risque au juge du procès et lui demander de modifier en conséquence tout octroi de dommages-intérêts. Dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, au nom des juges majoritaires, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dit ce qui suit lorsqu'il se penche sur le risque que le demandeur invoque des régimes législatifs distincts pour être indemnisé deux fois :

Les cours sont à même d'empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. [. . .] [À] l'étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement. [p. 191]

Si le défendeur est en mesure de le convaincre que le risque ne peut être géré par le tribunal, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande.

[40] De même, si le défendeur établit que des poursuites sont intentées parallèlement dans d'autres ressorts et qu'elles peuvent entraîner une indemnisation supplémentaire, le juge peut rejeter la demande ou modifier l'octroi de dommages-intérêts en fonction des réparations sollicitées ou accordées dans les autres ressorts afin d'empêcher le cumul des indemnités.

[41] Au vu de ces mécanismes dont disposent les tribunaux, je conviens avec le juge Donald, de la C.A.C.-B., dissident dans *Sun-Rype*, que [TRADUCTION] « la règle théorique selon laquelle il ne peut y avoir double recouvrement ne devrait pas s'appliquer pour faire obstacle à une action dans une affaire réelle où il est possible d'empêcher

to demonstrate that the courts in B.C. could not preclude double or multiple recovery. I would thus not reject indirect purchaser actions because of the risk of multiple recovery.

(b) *Remoteness and Complexity*

[42] Microsoft's second argument is that the remoteness of the overcharge and the complexities associated with tracing the loss constitute "serious" and "inherent" difficulties of proof associated with pass-on" (R.F., at para. 20). These difficulties are said to give rise to confusion and uncertainty and place a burden on the institutional capacities of the courts tasked with following each overcharge to its ultimate result.

[43] Microsoft relies on the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22. In *Chadha*, that court denied certification of an indirect purchaser action citing "the many problems of proof facing the appellants . . . , including the number of parties in the chain of distribution and the 'multitude of variables' which would affect the end-purchase price" (para. 45 (adopting the findings of the Divisional Court)). Microsoft argues that if any part of the overcharge was absorbed by any party in the chain, "the chain would be broken" and the extent of the overcharge would become increasingly difficult to trace (R.F., at para. 22, quoting *Chadha*, at para. 45). The reasons on this point in *Illinois Brick*, on which Microsoft relies heavily, point out that there are significant "uncertainties and difficulties in analyzing price and output decisions 'in the real economic world rather than an economist's hypothetical model'" (pp. 731-32). The court lamented the "costs to the judicial system and the efficient enforcement of the antitrust laws of attempting to reconstruct those decisions in the courtroom" (p. 732).

le double recouvrement » (par. 30). À ce stade de l'instance, Microsoft n'a produit aucun élément de preuve selon lequel les tribunaux de la Colombie-Britannique ne peuvent empêcher le recouvrement double ou multiple. Je suis donc d'avis de ne pas écarter l'action de l'acheteur indirect en raison du risque de recouvrement multiple.

b) *Caractère indirect et complexité*

[42] Microsoft soutient deuxièmement que le caractère indirect de la majoration et la difficulté d'établir la perte subie constituent [TRADUCTION] « des obstacles "importants" et "fondamentaux" à la preuve du transfert de la perte » (m.i., par. 20). Ces obstacles seraient sources de confusion et d'incertitude et grèveraient les capacités institutionnelles des tribunaux appelés à retracer le parcours de chacune des majorations jusqu'à son aboutissement final.

[43] Microsoft invoque le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, où cette dernière refuse de certifier l'action d'un acheteur indirect en raison [TRADUCTION] « des nombreux problèmes de preuve qui attendent les appelants [. . .], y compris le nombre des maillons de la chaîne de distribution et la "multitude de variables" qui jouent dans la détermination du prix d'achat final » (par. 45 (adhérant aux conclusions de la Cour divisionnaire)). Selon Microsoft, si quelque partie de la majoration était absorbée par l'un de ses maillons, [TRADUCTION] « la chaîne serait rompue » et il serait d'autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d'un maillon à l'autre (m.i., par. 22, citant *Chadha*, par. 45). Il appert des motifs formulés sur ce point dans *Illinois Brick*, et sur lesquels Microsoft insiste beaucoup, que [TRADUCTION] « l'analyse des décisions en matière de prix et de production comporte une grande part d'incertitude et de difficulté lorsqu'elle intervient "dans le monde économique réel plutôt que dans le cadre d'un modèle économique fictif" » (p. 731-732). Le tribunal déplore « les coûts supportés par le système judiciaire et les mécanismes d'application des dispositions antitrust lorsqu'il s'agit de reconstituer ces décisions en salle d'audience » (p. 732).

[44] Indirect purchaser actions, especially in the antitrust context, will often involve large amounts of evidence, complex economic theories and multiple parties in a chain of distribution, making the tracing of the overcharges to their ultimate end an unenviable task. However, Brennan J., dissenting in *Illinois Brick*, observed that these same concerns can be raised in most antitrust cases, and should not stand in the way of allowing indirect purchasers an opportunity to make their case:

Admittedly, there will be many cases in which the plaintiff will be unable to prove that the overcharge was passed on. In others, the portion of the overcharge passed on may be only approximately determinable. But again, this problem hardly distinguishes this case from other antitrust cases. Reasoned estimation is required in all antitrust cases, but “while the damages [in such cases] may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate.” . . . Lack of precision in apportioning damages between direct and indirect purchasers is thus plainly not a convincing reason for denying indirect purchasers an opportunity to prove their injuries and damages. [Text in brackets in original; pp. 759-60.]

[45] In bringing their action, the indirect purchasers willingly assume the burden of establishing that they have suffered loss. This task may well require expert testimony and complex economic evidence. Whether these tools will be sufficient to meet the burden of proof, in my view, is a factual question to be decided on a case-by-case basis. Indirect purchaser actions should not be barred altogether solely because of the likely complexity associated with proof of damages.

(c) *Deterrence*

[46] A third argument, which was not raised by Microsoft, but which was discussed in *Illinois Brick* and is particularly relevant to competition actions, is that allowing the offensive use of passing

[44] L’action intentée par un acheteur indirect, surtout sur le fondement des dispositions antitrust, comporte souvent une preuve volumineuse, la formulation de théories économiques complexes et l’existence de nombreuses parties le long de la chaîne de distribution, de sorte qu’il est d’autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre jusqu’à son aboutissement final. Toutefois, selon le juge Brennan, dissident dans *Illinois Brick*, il s’agit de caractéristiques communes à la plupart des affaires antitrust et elles ne devraient donc pas empêcher l’acheteur indirect de prouver ses allégations :

[TRADUCTION] Certes, dans bien des cas, le demandeur ne sera pas en mesure de prouver le transfert de la majoration. Dans d’autres, la partie transférée ne pourra être déterminée qu’approximativement. Mais là encore, ce problème distingue à peine l’espèce d’une autre affaire antitrust. Dans ce domaine, toute instance exige une estimation raisonnée, mais « bien que les dommages [dans les affaires de cette nature] ne puissent être déterminés au moyen de simples spéculations ou conjectures, il suffira d’inférer de manière juste et raisonnable l’étendue des dommages, même si le résultat ne sera qu’approximatif. » [. . .] L’imprécision de la répartition des dommages-intérêts entre l’acheteur direct et l’acheteur indirect n’est donc pas une considération suffisante pour priver l’acheteur indirect de la possibilité d’établir le préjudice subi. [Texte entre crochets dans l’original; p. 759-760.]

[45] L’acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l’obligation d’établir qu’il a subi une perte, ce qui peut fort bien nécessiter le témoignage d’experts et une preuve complexe de nature économique. À mon avis, la question de savoir si ces éléments lui permettront de s’acquitter de cette obligation tient aux faits de l’espèce. Il n’y a pas lieu de faire totalement obstacle à l’action de l’acheteur indirect pour la seule raison qu’il sera ardu d’établir le préjudice subi.

c) *Effet dissuasif*

[46] Selon un troisième argument que ne soulève pas Microsoft, mais qui est examiné dans *Illinois Brick* et qui vaut particulièrement dans le cas d’actes anticoncurrentiels, permettre d’invoquer

on frustrates the enforcement of competition laws, thus reducing deterrence. While enforcement of competition laws is generally a question for the government, private individuals are engaged in the enforcement by way of s. 36 which gives them a right of recovery for breaches of Part VI of the *Competition Act*.

[47] The majority in *Illinois Brick* understood *Hanover Shoe* to stand for the proposition that “antitrust laws will be more effectively enforced by concentrating the full recovery for the overcharge in the direct purchasers rather than by allowing every plaintiff potentially affected by the overcharge to sue only for the amount it could show was absorbed by it” (p. 735). The majority in *Illinois Brick* agreed, finding that direct purchasers would be in the best position to bring an action because the “massive evidence and complicated theories” that are characteristic of indirect purchaser actions impose an unacceptable burden on those plaintiffs, making success of such actions unlikely and thereby defeating the deterrence objectives of antitrust laws (p. 741).

[48] In my opinion, allowing the offensive use of passing on should not frustrate the deterrence objectives of Canadian competition laws. I agree with Brennan J., dissenting in *Illinois Brick*, that the offensive use of passing on, unlike the passing-on defence, creates little danger that the overcharger will escape liability and frustrate deterrence objectives but, “[r]ather, the same policies of insuring the continued effectiveness of the [antitrust] action and preventing wrongdoers from retaining the spoils of their misdeeds favor allowing indirect purchasers to prove that overcharges were passed on to them” (p. 753). The rationale for rejecting the passing-on defence because it frustrates enforcement is not a reason for denying an action to those who have a valid claim against the overcharger.

en demande le transfert de la perte ferait obstacle à l’application des dispositions sur la concurrence et nuirait ainsi à la dissuasion. Bien que cette application incombe généralement à l’État, une personne privée peut, suivant l’art. 36, faire respecter la loi et demander le recouvrement d’une somme par suite de la violation de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*.

[47] Dans *Illinois Brick*, les juges majoritaires concluent de l’arrêt *Hanover Shoe* que [TRADUCTION] « les lois antitrust seront mieux appliquées si on assure le recouvrement intégral de la majoration par l’acheteur direct au lieu de permettre à chacune des personnes touchées par la majoration de recouvrer uniquement la partie qu’elle peut prouver avoir absorbée » (p. 735). Ils partagent ce point de vue et estiment que l’acheteur direct est le mieux placé pour ester en justice, car [TRADUCTION] « la preuve volumineuse et les théories compliquées » associées à l’instance engagée impose un trop lourd fardeau à l’acheteur indirect, de sorte qu’il est peu probable qu’il ait gain de cause, ce qui va à l’encontre des fins dissuasives des dispositions antitrust (p. 741).

[48] À mon avis, permettre d’alléguer en demande le transfert de la perte ne devrait pas nuire aux objectifs de dissuasion des dispositions canadiennes sur la concurrence. Je conviens avec le juge Brennan, dissident dans *Illinois Brick*, que contrairement au fait d’invoquer le transfert de la perte en défense, le fait d’alléguer le transfert de la perte en demande risque peu de faire en sorte que l’auteur de la majoration échappe à sa responsabilité et que la dissuasion soit compromise; [TRADUCTION] « [L]es mêmes principes qui consistent à assurer l’efficacité constante de l’action [antitrust] et à empêcher le fautif de conserver le gain mal acquis militent plutôt en faveur de la possibilité que l’acheteur indirect prouve que la majoration lui a été refilee » (p. 753). L’exclusion du transfert de la perte comme moyen de défense, afin de ne pas nuire à l’application de la loi, ne justifie pas de refuser son allégation en demande dans une action par ailleurs bien-fondée intentée contre l’auteur de la majoration.

[49] Further, despite evidence advanced by the respondents in the *Sun-Rype* appeal that direct purchasers are often the parties most likely to take action against the overchargers, there may be some situations where direct purchasers will have been overcharged but will be reticent to bring an action against the offending party for fear of jeopardizing a valuable business relationship. In this case, it is alleged that Microsoft's direct purchasers are parties to the overcharging arrangements and would themselves not be likely plaintiffs. Indirect purchaser actions may, in such circumstances, be the only means by which overcharges are claimed and deterrence is promoted. The rejection of indirect purchaser actions in such cases would increase the possibility that the overcharge would remain in the hands of the wrongdoer. For these reasons, I would be of the view that an absolute bar on indirect purchaser actions, thus leaving any potential action exclusively to direct purchasers, would not necessarily result in more effective deterrence than exclusively direct purchaser actions.

(d) *Restitutionary Principles*

[50] Restitution law is remedial in nature and is concerned with the recovery of gains from wrongdoing (see Maddaugh and McCamus (2013), at pp. 3-1 to 3-3). In my view, allowing indirect purchaser actions is consistent with the remediation objective of restitution law because it allows for compensating the parties who have actually suffered the harm rather than merely reserving these actions for direct purchasers who may have in fact passed on the overcharge.

(e) *Departure From the Rule in Illinois Brick in the United States*

[51] Although *Illinois Brick* remains the law at the federal level, it has been made inapplicable at the state level in many states through so-called "repealer statutes" or by judicial decisions. In 2007, the Antitrust Modernization Commission issued a report to Congress indicating that "more than thirty-five states permit indirect, as well as direct, purchasers to sue for damages under state law" (*Antitrust Modernization Commission: Report and*

[49] En outre, malgré la preuve des intimées dans *Sun-Rype* voulant que l'acheteur direct soit souvent le plus susceptible de poursuivre l'auteur de la majoration, il peut arriver qu'un acheteur direct hésite à intenter une action contre le fautif par crainte de mettre en péril de bonnes relations d'affaires. On soutient en l'espèce que les acheteurs directs sont parties aux arrangements de majoration de Microsoft, de sorte qu'il est peu probable qu'ils intentent quelque recours. Dans ces circonstances, les actions d'acheteurs indirects peuvent offrir le seul moyen de recouvrer la majoration et d'assurer la dissuasion. Exclure ces actions en pareil cas augmenterait le risque que la majoration demeure entre les mains du fautif. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'écarter tout recours de l'acheteur indirect de sorte que seul l'acheteur direct puisse se pourvoir en justice n'accroîtrait pas nécessairement l'effet dissuasif.

d) *Principes de la restitution*

[50] De nature réparatrice, le droit de la restitution a pour objet le recouvrement du gain mal acquis (voir Maddaugh et McCamus (2013), p. 3-1 à 3-3). J'estime que permettre à l'acheteur indirect d'intenter une action en justice s'accorde avec l'objectif de réparation du droit de la restitution, car la personne qui a effectivement subi un préjudice, et non seulement l'acheteur direct qui a pu en fait transférer la majoration, peut ainsi être indemnisée.

e) *Dérogation à la règle établie aux États-Unis dans l'arrêt Illinois Brick*

[51] Bien que l'arrêt *Illinois Brick* établisse toujours le droit applicable au palier fédéral, de nombreux États l'ont écarté par voie législative ou judiciaire. En 2007, la commission de modernisation des lois antitrust a déposé au Congrès un rapport selon lequel [TRADUCTION] « plus de trente-cinq États permettaient à l'acheteur indirect, comme à l'acheteur direct, d'intenter une action en dommages-intérêts en application de la

Recommendations (2007) (online), at p. 269). It recommended to Congress that the rule in *Illinois Brick* be statutorily repealed at the federal level (p. 270). The validity of the “repealer statutes” came before the U.S. Supreme Court in *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989). That court held that *Illinois Brick* did not preempt the enactment of state antitrust laws, even if they had the effect of repealing the rule in *Illinois Brick*. These developments cast doubt on the “necessary corollary” approach in *Illinois Brick*.

(f) *Doctrinal Commentary*

[52] Doctrinal discussions of indirect purchaser actions are still shaped by the initial exchange that occurred directly following the release of *Illinois Brick*. Shortly after the judgment was issued, American scholars William M. Landes and Richard A. Posner (now a judge of the U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit) published an article defending the rule barring indirect purchaser actions (see “Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick*” (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602, at pp. 634-35). They argued that reserving the right to bring an action against overchargers to the direct purchasers alone would best promote the antitrust laws. They wrote that allowing indirect purchasers to bring actions would have little to no effect on the objectives of compensation and deterrence because direct purchasers would be more likely to discover the overcharges in the first place and would be more likely to have the information and resources required to bring a successful antitrust action. They called the direct purchaser a more “efficient enforcer” of antitrust laws, and opined that with indirect purchasers, apportionment of the damages is so costly that it becomes a disincentive to sue and that sharing the right to sue among multiple parties has the effect of making the claims small and of weakening the deterrence effect (pp. 608-9). As to compensation, they argued that even if indirect

loi de l’État » (*Antitrust Modernization Commission : Report and Recommendations* (2007) (en ligne), p. 269). Elle recommandait l’« abrogation » de la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* par une loi fédérale (p. 270). Dans *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989), la Cour suprême des États-Unis a été appelée à se prononcer sur la validité des « lois abrogatoires ». Elle a conclu que l’arrêt *Illinois Brick* ne faisait pas obstacle à l’adoption de dispositions antitrust par un État, même si ces dispositions avaient pour effet d’écarter la règle issue de cet arrêt. Voilà des éléments qui sont de nature à remettre en cause la thèse du « corollaire nécessaire » retenue dans *Illinois Brick*.

f) *Doctrine*

[52] Les débats des auteurs sur le recours de l’acheteur indirect demeurent axés sur les échanges qui ont tout juste suivi la publication de l’arrêt *Illinois Brick*. Peu après celle-ci, les Américains William M. Landes et Richard A. Posner (maintenant juge de la Cour d’appel des États-Unis pour le septième circuit) ont défendu dans un article la règle qui refusait le droit d’action à l’acheteur indirect (voir « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick* » (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602, p. 634-635). Selon eux, réserver à l’acheteur direct le droit d’intenter une action contre l’auteur de la majoration était l’option la plus susceptible de promouvoir les dispositions antitrust. Ils ajoutent que permettre à l’acheteur indirect d’intenter une action n’aura pas d’effet ou en aura peu sur la réalisation des objectifs d’indemnisation et de dissuasion, car l’acheteur direct sera plus susceptible de constater la majoration et, ensuite, de disposer des données et des ressources nécessaires pour avoir gain de cause dans une action antitrust. Ils voient dans l’acheteur direct un « agent efficace d’application » des dispositions antitrust et font valoir que permettre à l’acheteur indirect de se pourvoir en justice rendra la répartition des dommages-intérêts si coûteuse que les intéressés hésiteront à poursuivre et que le partage du droit d’action entre de multiples parties réduira l’importance des

purchasers had no independent right of action, they were nonetheless compensated by the ability of direct purchasers to bring an action because the benefit accruing to the direct purchaser as a result of an anticipated successful antitrust action against the overcharger would be reflected in the prices charged by the direct purchasers to the indirect purchasers (p. 605).

[53] Shortly after the publication of Landes and Posner's article, two other antitrust authorities, Robert G. Harris and Lawrence A. Sullivan, expressed an opposing viewpoint (see "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269, at pp. 351-52). Harris and Sullivan argued that direct purchasers would be reluctant to disrupt valued supplier relationships and would thus be more likely to pass on the overcharge to their own customers. They would not therefore serve as efficient enforcers of the antitrust laws and, rather, it would be more suitable to vest standing in the indirect purchasers in order to best achieve deterrence.

[54] Landes and Posner published a direct response to Harris and Sullivan the next year (see "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274). In response to Harris and Sullivan's argument that direct purchasers would be reticent to sue so as not to compromise valuable commercial relationships, they stated that "any forbearance by the direct purchaser to sue will be compensated. The supplier must pay something to bind the direct purchaser to him and this payment is, functionally, a form of antitrust damages" (p. 1278). In other words, the direct purchaser is receiving a financial inducement to be a part of the conspiracy and this benefit could be passed along to the indirect purchasers.

[55] In the years since the exchange between Landes and Posner and Harris and Sullivan, the literature has reflected an ongoing debate on the issue of indirect purchaser actions and specifically the rule in *Illinois Brick*. A survey of the literature

demandes et affaiblira l'effet dissuasif (p. 608-609). Quant à l'indemnisation, ils soutiennent que, même s'il n'a pas de droit d'action indépendant, l'acheteur indirect sera néanmoins « indemnisé » grâce à la faculté de l'acheteur direct d'intenter une action, car ce dernier répercutera sur le prix demandé à l'acheteur indirect les retombées éventuelles d'une action antitrust contre l'auteur de la majoration (p. 605).

[53] Peu après la publication de l'article de Landes et Posner, deux autres spécialistes du droit antitrust, Robert G. Harris et Lawrence A. Sullivan, ont exprimé l'opinion contraire (voir « Passing On the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269, p. 351-352). Selon Harris et Sullivan, l'acheteur direct hésitera à compromettre ses bonnes relations avec son fournisseur et sera donc plus enclin à refilet la note à ses clients à lui. Il ne serait donc pas un « agent efficace d'application » des dispositions antitrust; pour les besoins de l'effet dissuasif, mieux vaudrait reconnaître la qualité pour agir à l'acheteur indirect.

[54] L'année suivante, Landes et Posner répondaient directement à la thèse de Harris et Sullivan (voir « The Economics of Passing On : A Reply to Harris and Sullivan » (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274). En réponse à la thèse de leurs détracteurs, à savoir qu'un acheteur direct hésitera à intenter une action en justice afin de ne pas compromettre de bonnes relations commerciales, ils affirment que [TRADUCTION] « l'omission de l'acheteur direct d'intenter une action en justice sera récompensée. Le fournisseur doit verser quelque chose pour s'attacher l'acheteur direct et il s'agit en quelque sorte d'une indemnisation antitrust » (p. 1278). En d'autres termes, l'acheteur direct obtient pour sa participation au complot une gratification financière qui peut être transmise à l'acheteur indirect.

[55] Depuis ce débat entre Landes et Posner, d'une part, et Harris et Sullivan, d'autre part, la question du droit d'action de l'acheteur indirect et, en particulier, la règle issue de l'arrêt *Illinois Brick*, continuent d'alimenter la discussion. Plus

reveals that most recently, however, there is a significant body of academic authority in favour of repealing the decision in *Illinois Brick* in order to best serve the objectives of the antitrust laws.

[56] Some authors, including Gregory J. Werden and Marius Schwartz, joined Harris and Sullivan in their critique of Landes and Posner, stating specifically that the notion that indirect purchasers would see any of the benefits accruing to a direct purchaser as the result of an anticipated recovery was “quite implausible” (“*Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis” (1984), 35 *Hastings L.J.* 629, at p. 638-39).

[57] The theory that direct purchasers may be unwilling to sue for fear of disrupting an important supplier relationship has also found favour among academics (see e.g. K. J. O’Connor, “Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling?” (2001), 15:3 *Antitrust* 34, at p. 38 (noting that indirect purchasers are perhaps more likely to sue than are direct purchasers because they do not risk severing a “direct business relationship with the alleged violator”); A. Thimmesch, “Beyond Treble Damages: *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.*” (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649, at p. 1668 and fn. 127 (stating that in many situations the direct purchaser is in fact dependent upon the supplier and as such would be reticent to sue)). As recently as 2012, the same opinion has been expressed: “This is especially true if direct purchasers are able to pass on any overcharges that result from antitrust violations to consumers. . . . [T]he Supreme Court [of the United States]’s all-or-nothing ‘Indirect Purchaser Rule’ sweeps too broadly” (J. M. Glover, “The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law” (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137, at p. 1187).

[58] As to the objective of compensation, several authors have commented that the rule in *Illinois Brick* in fact runs contrary to the goal of compensation, with one author calling it “[t]he

récentment, de nombreux auteurs ont cependant préconisé la neutralisation de l’arrêt afin de favoriser la réalisation des objectifs des dispositions antitrust.

[56] Certains, dont Gregory J. Werden et Marius Schwartz, se sont joints à Harris et Sullivan pour critiquer Landes et Posner. Ils qualifient d’[TRADUCTION] « assez invraisemblable » l’idée que l’acheteur indirect puisse bénéficier des retombées pour l’acheteur direct d’un recouvrement anticipé (« *Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis » (1984), 35 *Hastings L.J.* 629, p. 638-639).

[57] La thèse voulant qu’un acheteur direct hésite à poursuivre un fournisseur important par crainte de mettre en péril ses rapports avec lui a aussi ses tenants parmi les auteurs de doctrine (voir p. ex. K. J. O’Connor, « Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling? » (2001), 15:3 *Antitrust* 34, p. 38 (selon lequel l’acheteur indirect est peut-être plus susceptible d’intenter une poursuite que l’acheteur direct parce qu’il ne risque pas la rupture de ses [TRADUCTION] « liens d’affaires directs avec le présumé contrevenant »); A. Thimmesch, « Beyond Treble Damages : *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.* » (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649, p. 1668 et note en bas de page 127 (selon lequel, dans bien des cas, l’acheteur direct est en situation de dépendance vis-à-vis du fournisseur et hésitera donc à le poursuivre)). Tout récemment, en 2012, on a avancé la même idée : [TRADUCTION] « Cela est particulièrement vrai lorsque l’acheteur direct peut transférer au consommateur toute somme payée en trop par suite d’une entorse à la concurrence. [. . .] [L]a règle par laquelle la Cour suprême [des États-Unis] refuse catégoriquement à “l’acheteur indirect le droit de poursuivre l’auteur” de la majoration a une portée excessive » (J. M. Glover, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137, p. 1187).

[58] En ce qui concerne l’objectif d’indemnisation, plusieurs auteurs font observer que la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* va en fait à l’encontre de sa réalisation; l’un d’eux dit de cette décision

most far-reaching deviation from the compensatory rationale” (C. C. Van Cott, “Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer” (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763, at p. 775). Likewise, Andrew I. Gavil, an antitrust scholar, has stated that “providing compensation to all victims of unlawful conduct for the harms inflicted by the wrongdoer is a secondary but also essential goal of a comprehensive remedial system, one that *Illinois Brick* disserves in many common circumstances” (“Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform” (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167, at p. 170).

[59] As can be seen from this overview, despite initial support from well-reputed antitrust scholars, it cannot be said that the rule in *Illinois Brick* still finds favour in the academic literature.

(4) Conclusion on the Offensive Use of Passing On

[60] Although the passing-on *defence* is unavailable as a matter of restitution law, it does not follow that indirect purchasers should be foreclosed from claiming losses passed on to them. In summary:

- (1) The risks of multiple recovery and the concerns of complexity and remoteness are insufficient bases for precluding indirect purchasers from bringing actions against the defendants responsible for overcharges that may have been passed on to them.
- (2) The deterrence function of the competition law in Canada is not likely to be impaired by indirect purchaser actions.
- (3) While the passing-on defence is contrary to basic restitutionary principles, those same principles are promoted by allowing passing on to be used offensively.

qu’elle est celle qui [TRADUCTION] « s’écarte le plus de l’objectif d’indemnisation » (C. C. Van Cott, « Standing at the Fringe : Antitrust Damages and the Fringe Producer » (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763, p. 775). Dans le même ordre d’idées, selon Andrew I. Gavil, spécialiste en matière antitrust, [TRADUCTION] « indemniser toutes les victimes du comportement illégal pour les préjudices causés par le contrevenant constitue un objectif secondaire, mais aussi essentiel, d’un régime de réparation complet, un objectif que l’arrêt *Illinois Brick* méconnaît dans bien des situations courantes » (« Thinking Outside the *Illinois Brick* Box : A Proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167, p. 170).

[59] Comme il appert de cet aperçu, malgré son appui initial par des auteurs de renom du domaine antitrust, la règle dégagée dans l’arrêt *Illinois Brick* ne remporte plus la faveur des juristes versés en la matière.

(4) Conclusion sur l’allégation en demande du transfert de la perte

[60] Malgré l’impossibilité d’invoquer le transfert de la perte en défense à une action en restitution, l’acheteur indirect ne doit pas pour autant se voir empêcher de recouvrer la perte qui lui a été transférée. En bref, voici les éléments à retenir :

- (1) Le risque de recouvrement multiple et les obstacles liés à la complexité de la preuve et au caractère indirect de la majoration ne constituent pas des considérations suffisantes pour priver l’acheteur indirect d’un recours contre l’auteur de la majoration dont le montant lui aurait été transféré.
- (2) Le recours de l’acheteur indirect ne portera vraisemblablement pas atteinte à l’effet dissuasif que sont censées avoir les dispositions canadiennes sur la concurrence.
- (3) Même si invoquer le transfert de la perte en défense à une action va à l’encontre des principes fondamentaux de la restitution, permettre son allégation en demande est dans le droit fil de ces mêmes principes.

- (4) Although the rule in *Illinois Brick* remains good law at the federal level in the United States, its subsequent repeal at the state level in many jurisdictions and the report to Congress recommending its reversal demonstrate that its rationale is under question.
- (5) Despite some initial support, the recent doctrinal commentary favours overturning the rule in *Illinois Brick*.

For these reasons, I would not agree with Microsoft's argument that this Court's rejection of the passing-on defence in previous cases and affirmed here precludes indirect purchaser actions.

B. *Certification of the Class Action*

[61] Having answered the threshold question and determined that indirect purchasers may use passing on offensively to bring an action, I turn to the question of whether the present action should be certified as a class action. Because the majority of the B.C.C.A. disposed of the appeal based on its finding that indirect purchaser actions were not available in Canada, it did not consider the certification requirements dealt with by Tysoe J. (causes of action under s. 4(1)(a) of the *CPA*) and Myers J. (balance of the certification requirements under s. 4(1)(b) to (e) of the *CPA*). It therefore remains for this Court to review the certification analysis carried out by the two applications judges. Microsoft contests their findings as to only three of the certification requirements: (1) whether the pleadings disclose a cause of action; (2) whether the claims raise common issues; and (3) whether a class action is the preferable procedure.

- (1) The Requirements for Certification Under the British Columbia *Class Proceedings Act*

[62] Section 4(1) of the *CPA* provides:

- 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2

- (4) Bien que, aux États-Unis, la règle issue de l'arrêt *Illinois Brick* demeure valable au palier fédéral, son « abrogation » dans de nombreux États et le rapport recommandant au Congrès de l'infirmier remettent en question sa raison d'être.
- (5) Malgré un certain appui initial, la doctrine récente penche en faveur de la suppression de la règle.

Pour ces motifs, je ne conviens pas avec Microsoft que le rejet par notre Cour dans des affaires antérieures et en l'espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte fait obstacle au recours de l'acheteur indirect.

B. *Certification du recours collectif*

[61] Après avoir tranché la question préliminaire et conclu que l'acheteur indirect peut invoquer le transfert de la perte en demande, j'examine maintenant s'il y a lieu ou non de certifier l'action intentée en l'espèce à titre de recours collectif. Étant donné que les juges majoritaires de la C.A.C.-B. statuent que l'acheteur indirect ne peut pas légalement intenter d'action au Canada, ils ne se penchent pas sur les conditions de certification examinées par le juge Tysoe (cause d'action exigée à l'al. 4(1)(a) de la *CPA*) et par le juge Myers (les autres conditions prévues aux al. 4(1)(b) à (e) de la *CPA*). Il nous faut donc contrôler l'analyse des deux juges saisis des demandes en ce qui concerne la certification. Microsoft ne conteste leurs conclusions qu'à l'égard de trois des conditions : (1) les actes de procédure révèlent une cause d'action, (2) les demandes soulèvent une question commune et (3) le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler cette question.

- (1) Les conditions de certification selon la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique

[62] Le paragraphe 4(1) de la *CPA* dispose :

[TRADUCTION]

- 4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie une instance à titre de recours

or 3 if all of the following requirements are met:

- (a) the pleadings disclose a cause of action;
- (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;
- (e) there is a representative plaintiff who
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
 - (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(2) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?

[63] The first certification requirement requires that the pleadings disclose a cause of action. In *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 (“*Alberta Elders*”), this Court explained that this requirement is assessed on the same standard of proof that applies to a motion to dismiss, as set out in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. That is, a plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff’s claim cannot succeed (*Alberta Elders*, at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25).

[64] Pro-Sys has alleged causes of action (1) under s. 36 of the *Competition Act*, (2) in tort

collectif lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- (a) les actes de procédure révèlent une cause d’action;
- (b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus;
- (c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l’emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels;
- (d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace;
- (e) un demandeur-représentant :
 - (i) défendrait de manière juste et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan qui établit une méthode praticable de faire progresser l’instance au nom du groupe et d’aviser les membres du groupe de l’existence du recours collectif,
 - (iii) n’a pas de conflit d’intérêts avec d’autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

(2) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action?

[63] La première condition de certification veut que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Dans *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 (« *Alberta Elders* »), notre Cour explique que le respect de cette condition est apprécié au regard de la norme de preuve applicable à la requête en radiation selon l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Le demandeur ne satisfait donc pas à la condition lorsque, à supposer que les faits invoqués soient vrais, la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie (*Alberta Elders*, par. 20; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25).

[64] Pro-Sys prétend avoir des causes d’action (1) suivant l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*,

for conspiracy and intentional interference with economic interests, and (3) in restitution for unjust enrichment, constructive trust and waiver of tort. For the reasons that follow, I would agree with Tysoe J. that the pleadings disclose causes of action that should not be struck out at this stage of the proceedings.

(a) *Section 36 of the Competition Act*

[65] Under s. 36 of the *Competition Act*, any person who has suffered loss or damage as a result of conduct engaged in by any person contrary to Part VI of the Act may sue for and recover that loss or damage. Section 36 provides:

36. (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI . . .

may in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

[66] Part VI of the *Competition Act* is entitled “Offences in Relation to Competition”. The Part VI offences alleged in this appeal are (1) conspiracy, contrary to s. 45(1), and (2) false or misleading representations, contrary to s. 52(1). At the time of the hearing before Tysoe J., those provisions read as follows:

45. (1) [Conspiracy] Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(2) en responsabilité délictuelle pour complot et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers et (3) en restitution pour enrichissement sans cause, existence d’une fiducie par interprétation et renonciation au recours délictuel. Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge Tysoe que les actes de procédure révèlent des causes d’action qu’on ne saurait radier à ce stade de l’instance.

a) *Article 36 de la Loi sur la concurrence*

[65] Selon l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite d’un comportement contraire à la partie VI de la Loi peut réclamer et recouvrer une somme égale au montant de la perte ou des dommages subis. Voici le libellé de l’art. 36 :

36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) . . . d’un comportement allant à l’encontre d’une disposition de la partie VI;

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n’a pas obtempéré à l’ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu’elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n’excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l’affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

[66] La partie VI de la *Loi sur la concurrence* est intitulée « Infractions relatives à la concurrence ». Les infractions qu’elle crée et dont la perpétration est alléguée en l’espèce sont (1) le complot, au par. 45(1), et (2) les indications fausses ou trompeuses, au par. 52(1). Voici quel était le libellé de ces dispositions lors de l’audience présidée par le juge Tysoe :

45. (1) [Complot] Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l’une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

52. (1) [False or misleading representations] No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, knowingly or recklessly make a representation to the public that is false or misleading in a material respect.

[67] The bulk of Microsoft's objections to the cause of action under s. 36 of the *Competition Act* are tied to the theory that offensive passing on is not permitted. In view of my earlier finding that indirect purchaser actions are permitted, those arguments are no longer of consequence in this appeal.

[68] However, Microsoft also argues that the s. 36 cause of action is not properly pleaded before this Court because it was not included in Pro-Sys's statement of claim. It argues that any attempt to add it now would be barred by the two-year limitation period contained in s. 36(4) of the Act. However, Donald J.A., dissenting in the B.C.C.A., found Microsoft's contention to be a purely technical objection, and not one that would form a basis to dismiss the claim. I would agree. The Third Further Amended Statement of Claim alleges that the unlawful conduct was continuing, a fact that must be accepted as being true for the purposes of this appeal. As a result, it cannot be said that the action was not filed in a timely manner.

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture du produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

52. (1) [Indications fausses ou trompeuses] Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

[67] Microsoft conteste l'existence d'une cause d'action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* et fait essentiellement valoir que le transfert de la perte ne peut être allégué en demande. Vu ma conclusion que l'acheteur indirect peut ester en justice, cette prétention n'importe plus aux fins du pourvoi.

[68] Toutefois, Microsoft soutient par ailleurs que la cause d'action fondée sur l'art. 36 est irrégulièrement plaidée devant notre Cour car elle ne figure pas dans la déclaration de Pro-Sys. Selon elle, le délai de prescription de deux ans imparti au par. 36(4) de la Loi fait obstacle à l'ajout de cette cause d'action. Or, le juge Donald de la C.A.C.-B., dissident, conclut qu'il s'agit d'une prétention d'ordre purement technique et qu'elle ne permet pas de rejeter la demande. Je suis d'accord. Selon la troisième déclaration modifiée, le comportement illégal se poursuivait, ce qui doit être tenu pour avéré aux fins du pourvoi. On ne saurait donc dire que l'action n'a pas été déposée dans le délai prescrit.

[69] Moreover, the Third Further Amended Statement of Claim states specifically that “[t]he plaintiffs plead and rely upon . . . Part VI of the *Competition Act*” (para. 109, A.R., vol. II, at p. 48) and seeks damages accordingly. Although the Third Further Amended Statement of Claim does not expressly refer to s. 36, recovery for breaches under Part VI of the *Competition Act* may only be sought by private individuals through a claim under s. 36. I agree with Donald J.A. that “the parties put their minds to s. 36 at the certification hearing and so no surprise or prejudice can be complained of” (B.C.C.A., at para. 59). For these reasons, I would not accede to Microsoft’s argument that the claim should be barred by the limitation provision of the *Competition Act*.

[70] Microsoft made other brief arguments objecting to the cause of action under s. 36. Before Tysoe J., it argued that the Competition Tribunal should have jurisdiction over the enforcement of the competition law. I agree that a number of provisions of the *Competition Act* assign jurisdiction to the Competition Tribunal rather than the courts. However, that is not the case with s. 36, which expressly provides that any person who suffered loss by virtue of a breach of Part VI of the Act may seek to recover that loss. The section expressly confers jurisdiction on the court to entertain such claims.

[71] For all these reasons, it is not plain and obvious that a claim under s. 36 of the *Competition Act* would be unsuccessful. For the purposes of s. 4(1)(a) of the CPA, it cannot be said that the pleadings do not disclose a cause of action under s. 36 of the *Competition Act*.

(b) *Tort*

[72] Pro-Sys alleges that Microsoft combined with various parties to commit the economic torts of conspiracy (both predominant purpose conspiracy and unlawful means conspiracy) and unlawful interference with economic interests. A

[69] Par ailleurs, selon le libellé même de la troisième déclaration modifiée, [TRADUCTION] « [l]es demandeurs invoquent [. . .] la partie VI de la *Loi sur la concurrence* » (par. 109, d.a., vol. II, p. 48) et réclament des dommages-intérêts en conséquence. Bien que le document ne renvoie pas expressément à l’art. 36, le recouvrement pour violation de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* ne peut être demandé par une personne privée que sur le fondement de cette disposition. Je conviens avec le juge Donald que [TRADUCTION] « les parties ont considéré l’art. 36 lors de l’audition de la demande de certification, de sorte que nulle allégation de surprise ou de préjudice ne saurait être retenue » (C.A.C.-B., par. 59). C’est pourquoi je ne fais pas droit à la prétention de Microsoft selon laquelle le délai de prescription imparti par la *Loi sur la concurrence* fait obstacle à la demande.

[70] Microsoft invoque d’autres motifs succincts à l’encontre de la reconnaissance d’une cause d’action fondée sur l’art. 36. Devant le juge Tysoe, elle a fait valoir qu’il devait incomber au Tribunal de la concurrence de faire respecter le droit de la concurrence. Je conviens que certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* confèrent compétence au Tribunal de la concurrence plutôt qu’à une cour de justice. Or, ce n’est pas le cas de l’art. 36, qui prévoit expressément que toute personne à qui une violation de la partie VI inflige une perte peut se pourvoir en recouvrement devant une cour de justice.

[71] Pour tous ces motifs, il n’est pas manifeste qu’une demande fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ne serait pas accueillie. Pour l’application de l’al. 4(1)(a) de la CPA, on ne saurait affirmer que les actes de procédure ne révèlent pas une cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*.

b) *Responsabilité délictuelle*

[72] Pro-Sys soutient que Microsoft s’est associée à diverses personnes pour commettre les délits civils financiers que sont le complot (tant celui qui vise principalement à causer un préjudice que celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux) et l’atteinte

conspiracy arises when two or more parties agree “to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means” (*Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, at p. 317). Despite the fact that the tort of conspiracy traces its origins “to the Middle Ages, [it] is not now a well-settled tort in terms of its current utility or the scope of the remedy it affords” (*Golden Capital Securities Ltd. v. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54, at para. 42).

[73] Nonetheless, in Canada, two types of actionable conspiracy remain available under tort law: predominant purpose conspiracy and unlawful means conspiracy. I first address the arguments related to predominant purpose conspiracy. I then turn to unlawful means conspiracy and unlawful interference with economic interests and deal with them together, as the arguments against these causes of action relate to the “unlawful means” requirement common to both torts.

(i) Predominant Purpose Conspiracy

[74] Predominant purpose conspiracy is made out where the predominant purpose of the defendant’s conduct is to cause injury to the plaintiff using either lawful or unlawful means, and the plaintiff does in fact suffer loss caused by the defendant’s conduct. Where lawful means are used, if their object is to injure the plaintiff, the lawful acts become unlawful (*Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at pp. 471-72).

[75] It is worth noting that in *Cement LaFarge*, Estey J. wrote that predominant purpose conspiracy is a “commercial anachronism” and that the approach to this tort should be to restrict its application:

The tort of conspiracy to injure, even without the extension to include a conspiracy to perform unlawful

illégal aux intérêts financiers. Il y a complot lorsqu’au moins deux personnes conviennent [TRADUCTION] « d’accomplir un acte illégal ou un acte légal par des moyens illégaux » (*Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, p. 317). Même si l’existence du délit civil de complot remonte [TRADUCTION] « au Moyen Âge, [il] ne s’agit pas aujourd’hui d’un délit civil bien établi quant à son utilité actuelle ou à la portée de la réparation qu’il permet » (*Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54, par. 42).

[73] Il demeure que, au Canada, deux types de complot donnent ouverture à une action en droit de la responsabilité délictuelle : celui qui vise principalement à causer un préjudice et celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux. J’examine d’abord la thèse avancée relativement au complot qui vise principalement à causer un préjudice. Je me penche ensuite sur le complot qui prévoit le recours à des moyens illégaux et sur l’atteinte illégale aux intérêts financiers, que j’examine de pair puisque les motifs de contestation de ces causes d’action touchent à l’exigence, commune aux deux délits civils, du recours à des « moyens illégaux ».

(i) Complot visant principalement à causer un préjudice

[74] L’existence du complot visant principalement à causer un préjudice est établie lorsque le comportement du défendeur vise principalement à causer un préjudice au demandeur par des moyens légaux ou illégaux, et que le demandeur subit effectivement un préjudice à cause de ce comportement. Lorsque des moyens légaux sont employés à la même fin, les actes deviennent illégaux (*Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, p. 471-472).

[75] Mentionnons que, dans *Ciments LaFarge*, le juge Estey opine que le complot visant principalement à causer un préjudice constitue un « anachronisme commercial » et qu’il y aurait lieu d’en limiter l’application :

Le délit civil de complot en vue de nuire, même s’il n’est pas étendu de manière à comprendre un complot

acts where there is a constructive intent to injure, has been the target of much criticism throughout the common law world. It is indeed a commercial anachronism as so aptly illustrated by Lord Diplock in *Lonrho, supra*, at pp. 188-89. In fact, the action may have lost much of its usefulness in our commercial world, and survives in our law as an anomaly. Whether that be so or not, it is now too late in the day to uproot the tort of conspiracy to injure from the common law. No doubt the reaction of the courts in the future will be to restrict its application for the very reasons that some now advocate its demise. [p. 473]

Notwithstanding these observations, whether predominant purpose conspiracy should be restricted so as not to apply to the facts of this case is not a matter that should be determined on an application to strike pleadings.

[76] At para. 91 of its Third Further Amended Statement of Claim, in a section discussing both predominant purpose and unlawful means conspiracy, Pro-Sys states that “[t]he defendants were motivated to conspire” and then lists the defendants’ three “predominant purposes and predominant concerns”: (1) to harm the plaintiffs by requiring them to purchase Microsoft products rather than competitors’ products; (2) to harm the plaintiffs by requiring them to pay artificially high prices; and (3) to unlawfully increase their profits (A.R., vol. II, at p. 43).

[77] Microsoft argues that the tort of predominant purpose conspiracy is not made out because Pro-Sys’s statement of claim fails to identify one true predominant purpose and instead lists several “overlapping purpose[s]” (R.F., at para. 93). Microsoft submits that by pleading that it was “motivated solely by economic considerations” (para. 94), Pro-Sys in effect concedes that the predominant purpose of Microsoft’s alleged conduct could not have been to cause injury to the plaintiff as required under the law.

[78] There is disagreement between the parties as to what the pleadings mean. Microsoft says

en vue d’accomplir des actes illégaux lorsqu’il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la *common law*. Comme l’indique si bien lord Diplock dans l’arrêt *Lonrho*, précité, aux pp. 188 et 189, il s’agit réellement d’un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu’elle survive comme une anomalie dans notre droit. Quoi qu’il en soit, il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l’avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l’appui de sa suppression, de limiter l’application de ce délit civil. [p. 473]

Néanmoins, la question de savoir si ce délit civil devrait voir sa portée limitée de sorte que les faits de la présente espèce n’y soient pas assimilés ne doit pas être tranchée dans le cadre d’une demande de radiation.

[76] Au paragraphe 91 de sa troisième déclaration modifiée, sous une rubrique portant à la fois sur le complot qui vise principalement à causer un préjudice et celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux, Pro-Sys affirme que [TRADUCTION] « [I]es défenderesses entendaient comploter », puis elle énumère les trois « objectifs principaux » de celles-ci : (1) causer un préjudice aux demandeurs en exigeant qu’ils achètent les produits de Microsoft plutôt que ceux de concurrents, (2) causer un préjudice aux demandeurs en exigeant d’eux un prix majoré de façon artificielle et (3) accroître illégalement leurs profits (d.a., vol. II, p. 43).

[77] Microsoft soutient que le délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice n’est pas étayé, car la déclaration de Pro-Sys ne révèle pas un véritable objet principal, mais en énumère plutôt [TRADUCTION] « plusieurs qui se chevauchent » (m.i., par. 93). À son avis, lorsque Pro-Sys allègue que Microsoft était « motivée uniquement par des considérations d’ordre financier » (par. 94), elle admet en fait que l’objet principal du comportement reproché ne pouvait être de lui causer un préjudice comme l’exige la loi.

[78] Il y a désaccord entre les parties sur la portée des allégations de Pro-Sys. Microsoft affirme

that Pro-Sys failed to identify injury to the plaintiffs as the one true predominant purpose. Pro-Sys argues that its pleadings state that Microsoft acted with the predominant purpose of injuring the class members which resulted in, among other things, increased profits. While the pleadings could have been drafted with a more precise focus, I would hesitate on a pleadings application to rule definitively that the predominant purpose conspiracy pleading is so flawed that no cause of action is disclosed. At this stage, I cannot rule out Pro-Sys's explanation that Microsoft's primary intent was to injure the plaintiffs and that unlawfully increasing its profits was a result of that intention. For this reason, I cannot say it is plain and obvious that Pro-Sys's claim in predominant purpose conspiracy cannot succeed.

[79] Microsoft also argues that this claim should be struck to the extent it applies as between corporate affiliates because “[p]arent and wholly-owned subsidiary corporations always act in combination” (R.F., at para. 95). Pro-Sys says that “[t]his is not true as a matter of law” (appellants’ response factum, at para. 55). Both parties cite, among other cases, para. 19 of *Smith v. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81 (C.A.), leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xii, which says that “there can be a conspiracy between a parent and a subsidiary corporation”. In my view, this statement appears to leave open a cause of action in predominant purpose conspiracy even when the conspiracy is between affiliated corporations. Again, it would not be appropriate on a pleadings application to make a definitive ruling on this issue. In the circumstances, I cannot say it is plain and obvious that the predominant purpose conspiracy claim as it applies to an alleged conspiracy between a parent corporation and its subsidiaries should be struck at this phase of the proceedings.

qu’elles n’établissent pas que le véritable objet principal du complot était de causer un préjudice aux demandeurs. Pro-Sys fait valoir que, suivant ses allégations, les actes de Microsoft visaient principalement à causer un préjudice aux membres du groupe et qu’ils ont notamment eu pour effet d’accroître ses profits. Même si les actes de procédure auraient pu être rédigés de manière plus précise et directe, j’hésite à statuer définitivement, sur demande de radiation, que l’allégation d’un complot visant principalement à causer un préjudice est si lacunaire qu’aucune cause d’action n’est révélée. Pour l’heure, je ne peux écarter l’explication de Pro-Sys selon laquelle l’intention première de Microsoft était de causer un préjudice aux demandeurs et l’accroissement illégal de ses profits a résulté de cette intention. C’est pourquoi je ne saurais dire qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation de Pro-Sys selon laquelle il y a eu complot visant principalement à causer un préjudice.

[79] Microsoft ajoute que l’allégation doit être radiée dans la mesure où elle vise des sociétés liées, car [TRADUCTION] « [s]ociétés mères et filiales à 100 p. 100 agissent toujours de concert » (m.i., par. 95). Pro-Sys rétorque que [TRADUCTION] « [l]a prétention est infondée en droit » (mémoire en réponse des appelants, par. 55). Les deux invoquent entre autres le par. 19 de l’arrêt *Smith c. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xii, où la Cour d’appel dit [TRADUCTION] « qu’il peut y avoir complot entre une société mère et une filiale ». À mon sens, cet énoncé paraît permettre que le complot visant principalement à causer un préjudice puisse constituer une cause d’action même lorsque le complot serait le fait de sociétés liées. Là encore, il ne convient pas de statuer définitivement sur ce point au stade de la demande de radiation. Dans les circonstances, je ne peux conclure que l’allégation de complot entre une société mère et sa filiale visant principalement à causer un préjudice doit manifestement être radiée à ce stade de l’instance.

(ii) Unlawful Means Conspiracy and Intentional Interference With Economic Interests

[80] The second type of conspiracy, called “unlawful means conspiracy”, requires no predominant purpose but requires that the unlawful conduct in question be directed toward the plaintiff, that the defendant should know that injury to the plaintiff is likely to result, and that the injury to the plaintiff does in fact occur (*Cement LaFarge*, at pp. 471-72).

[81] The tort of intentional interference with economic interests aims to provide a remedy to victims of intentional commercial wrongdoing (*Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, at para. 98; *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1). The three essential elements of this tort are (1) the defendant intended to injure the plaintiff’s economic interests; (2) the interference was by illegal or unlawful means; and (3) the plaintiff suffered economic loss or harm as a result (see P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 336).

[82] Microsoft argues that the claims for unlawful means conspiracy and intentional interference with economic interests should be struck because their common element requiring the use of “unlawful means” cannot be established.

[83] These alleged causes of action must be dealt with summarily as the proper approach to the unlawful means requirement common to both torts is presently under reserve in this Court in *Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, leave to appeal granted, [2012] 3 S.C.R. v. Suffice it to say that at this point it is not plain and obvious that there is no cause of action in unlawful means conspiracy or in intentional interference with economic interests. I would therefore not strike these claims. Depending on the decision of this Court in *Bram*, it will

(ii) Complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers

[80] Pour le deuxième type de complot — celui « qui prévoit le recours à des moyens illégaux » —, point n’est besoin d’objet principal; il faut seulement que le comportement illégal soit dirigé contre le demandeur, que le défendeur doive savoir que le demandeur en subira vraisemblablement un préjudice et que le demandeur subisse effectivement un préjudice (*Ciments LaFarge*, p. 471-472).

[81] La raison d’être du délit civil d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers est l’indemnisation des victimes de pratiques commerciales délibérément préjudiciables (*Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, par. 98; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1). Les trois éléments essentiels de ce délit civil sont (1) l’intention du défendeur de porter atteinte aux intérêts financiers du demandeur, (2) le recours à des moyens illégaux et (3) le préjudice consécutif subi par le demandeur (voir P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4^e éd. 2011), p. 336).

[82] Microsoft fait valoir que les allégations de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers doivent être radiées vu l’impossibilité d’établir l’élément qui leur est commun, soit le recours à des « moyens illégaux ».

[83] Ces causes d’action alléguées doivent être examinées sommairement car, dans le dossier *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, autorisation d’appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v. actuellement en délibéré, notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur l’approche qui s’impose à l’égard de cet élément commun aux deux délits civils. Il suffit de constater que, pour l’heure, l’inexistence d’une cause d’action fondée sur le complot prévoyant le recours à des moyens illégaux ou sur l’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers n’est pas

be open to Microsoft to raise the matter in the B.C.S.C. should it consider it advisable to do so.

(c) *Restitution*

[84] Pro-Sys makes restitutionary claims alleging causes of action in unjust enrichment, constructive trust and waiver of tort.

(i) Unjust Enrichment

[85] The well-known elements required to establish an unjust enrichment are (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason (such as a contract) for the enrichment (see *Alberta Elders*, at para. 82; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 30; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834). Pro-Sys says that Microsoft was unjustly enriched by the overcharge to its direct purchasers that was passed through the chain of distribution to the class members.

[86] Microsoft argues that any enrichment it received came from the direct purchasers, and not from the class members, and that this lack of a direct connection between it and the class members forecloses the claim of unjust enrichment. Additionally, it says that the contracts between Microsoft and the direct purchasers and the contracts between the direct purchasers and the indirect purchasers (the existence of which are undisputed) constitute a juristic reason for the enrichment.

[87] In support of its first argument, Microsoft cites *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762. In *Peel*, McLachlin J. (as she then was) held, at p. 797, that “[t]he cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred

manifeste. Je suis donc d’avis de ne pas radier les allégations. Selon l’issue du pourvoi dans *Bram*, Microsoft pourra demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de statuer sur ce point si elle le juge opportun.

c) *Restitution*

[84] Pro-Sys demande restitution sur le fondement de l’enrichissement sans cause, de la fiducie par interprétation et de la renonciation au recours délictuel.

(i) Enrichissement sans cause

[85] Les éléments qui doivent être réunis pour qu’il y ait enrichissement sans cause sont bien connus : (1) l’enrichissement du défendeur, (2) l’appauvrissement corrélatif du demandeur et (3) l’absence d’une cause juridique de cet enrichissement (p. ex., un contrat) (voir *Alberta Elders*, par. 82; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 30; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834). Selon Pro-Sys, Microsoft s’est injustement enrichie par la majoration du prix exigé de ses acheteurs directs, lesquels ont transféré cette majoration aux membres du groupe situés en aval dans la chaîne de distribution.

[86] Microsoft prétend que l’enrichissement, s’il en est, provient des acheteurs directs, et non des membres du groupe, et que son absence de lien direct avec ces derniers scelle le sort de l’allégation d’enrichissement sans cause. Elle ajoute que les contrats qu’elle a conclus avec les acheteurs directs et ceux intervenus entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects (dont l’existence n’est pas contestée) constituent la cause juridique de l’enrichissement.

[87] À l’appui de sa première prétention, Microsoft invoque l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, où la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) conclut à la p. 797 que « [l]es affaires dans lesquelles l’enrichissement sans cause a été établi concernent

directly and specifically on the defendant”. A claim in unjust enrichment must be based on “more than an incidental blow-by. A secondary collateral benefit will not suffice. To permit recovery for incidental collateral benefits would be to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice — once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit . . . , and again from the person who reaped an incidental benefit” (*Peel*, at p. 797). The words of *Peel* themselves would appear to foreclose the possibility of an indirect relationship between plaintiff and defendant. However, this does not resolve the issue. First, it is not apparent that the benefit to Microsoft is an “incidental blow-by” or “collateral benefit”. Second, Pro-Sys relies on *Alberta Elders*, which it says stands for the proposition that an unjust enrichment may be possible where the benefit was indirect and was passed on by a third party. At this stage, I cannot conclude that it is plain and obvious that a claim in unjust enrichment will be made out only where the relationship between the plaintiff and the defendant is direct.

[88] With regard to Microsoft’s juristic reason justification, Pro-Sys pleads that these contracts are “illegal and void” because they constitute a restraint of trade at common law, they violate U.S. antitrust law, they are prohibited by Microsoft’s own corporate policies and they violate Part VI of the *Competition Act*. It submits that the contracts cannot therefore constitute a juristic reason for the enrichment. The question of whether the contracts are illegal and void should not be resolved at this stage of the proceedings. These are questions that must be left to the trial judge.

[89] I am thus unable to find that it is plain and obvious that the claim in unjust enrichment cannot succeed.

(ii) Constructive Trust

[90] As a remedy for the alleged unjust enrichment, Pro-Sys submits that an amount equal to the

généralement des avantages conférés directement et expressément au défendeur ». Pour fonder l’allégation d’enrichissement sans cause, l’avantage conféré ne doit pas revêtir qu’un « caractère purement incident. Un avantage secondaire et accessoire ne suffit pas. En effet, permettre qu’il y ait recouvrement à l’égard d’avantages accessoires et incidents reviendrait à admettre la possibilité d’un double recouvrement par le demandeur — d’abord, de la personne qui bénéficie immédiatement du paiement ou de l’avantage [. . .] et ensuite, de la personne qui en a tiré un avantage incident » (*Peel*, p. 797). Les mots employés dans cet arrêt paraissent écarter en eux-mêmes la possibilité d’un lien indirect entre le demandeur et le défendeur, mais la question n’est pas résolue pour autant. Premièrement, il n’est pas évident que l’avantage obtenu par Microsoft revêt un caractère « purement incident » ou qu’il est « accessoire ». Deuxièmement, Pro-Sys invoque l’arrêt *Alberta Elders*, selon lequel il peut y avoir enrichissement sans cause lorsque l’avantage conféré est indirect et qu’il a été transféré par un tiers. À ce stade, je ne peux conclure qu’il est manifeste que l’enrichissement sans cause ne sera établi que si le lien entre le demandeur et le défendeur est direct.

[88] En ce qui concerne la prétendue cause juridique de l’enrichissement de Microsoft, Pro-Sys fait valoir que les contrats en cause sont [TRADUCTION] « illégaux et nuls » en ce qu’ils portent atteinte à la liberté du commerce en common law, ils enfreignent les dispositions américaines antitrust, ils vont à l’encontre des politiques d’entreprise de Microsoft et ils contreviennent à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. Elle soutient qu’il ne s’agit donc pas d’une cause juridique de l’enrichissement. Il n’y a pas lieu, à ce stade de l’instance, de statuer sur la légalité et la validité des contrats. Il appartiendra au juge du procès de le faire.

[89] Je ne saurais donc conclure qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation d’enrichissement sans cause.

(ii) Fiducie par interprétation

[90] Pro-Sys soutient qu’en guise de réparation de l’enrichissement sans cause allégué, Microsoft

overcharge from the sales of Microsoft operating systems and Microsoft applications software in British Columbia should be held by Microsoft in trust for the class members. In other words, Pro-Sys is asking that Microsoft be constituted a constructive trustee in favour of Pro-Sys.

[91] *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, is the relevant controlling authority on constructive trusts. In *Kerr*, Justice Cromwell explains that in order to find that a constructive trust is made out, the plaintiff must be able to point to a link or causal connection between his or her contribution and the acquisition of specific property:

... the constructive trust is a broad and flexible equitable tool used to determine beneficial entitlement to property (*Pettkus*, at pp. 843-44 and 847-48). Where the plaintiff can demonstrate a link or causal connection between his or her contributions and the acquisition, preservation, maintenance or improvement of the disputed property, a share of the property proportionate to the unjust enrichment can be impressed with a constructive trust in his or her favour (*Pettkus*, at pp. 852-53; *Sorochan*, at p. 50). [para. 50]

[92] In the present case, there is no referential property; Pro-Sys makes a purely monetary claim. Constructive trusts are designed to “determine beneficial entitlement to property” when “a monetary award is inappropriate or insufficient” (*Kerr*, at para. 50). As Pro-Sys’s claim neither explains why a monetary award is inappropriate or insufficient nor shows a link to specific property, the claim does not satisfy the conditions necessary to ground a constructive trust. On the pleadings, it is plain and obvious that Pro-Sys’s claim that an amount equal to the overcharge from the sale of Microsoft operating systems and Microsoft applications software in British Columbia should be held by Microsoft in trust for the class members cannot succeed. The pleadings based on constructive trust must be struck.

devrait détenir en fiducie pour le compte des membres du groupe une somme égale au montant de la majoration du prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application vendus en Colombie-Britannique. En d’autres termes, elle demande que Microsoft soit constituée fiduciaire par interprétation à son bénéfice.

[91] L’arrêt *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, est décisif en matière de fiducies par interprétation. Le juge Cromwell y explique que pour faire la preuve d’une fiducie par interprétation, le demandeur doit pouvoir établir un lien ou un rapport de causalité entre sa contribution et l’acquisition du bien en cause :

... la fiducie [par interprétation] est un outil général, souple et juste qui permet de déterminer le droit de propriété véritable (*Pettkus*, p. 843-844 et 847-848). Si le demandeur peut établir un lien ou un rapport de causalité entre ses contributions et l’acquisition, la conservation, l’entretien ou l’amélioration du bien en cause, une part proportionnelle à l’enrichissement sans cause peut faire l’objet d’une fiducie [par interprétation] en sa faveur (*Pettkus*, p. 852-853; *Sorochan*, p. 50). [par. 50]

[92] Nul bien n’est en cause en l’espèce; Pro-Sys réclame seulement une réparation pécuniaire. La fiducie par interprétation sert à « déterminer le droit de propriété véritable » lorsqu’« une réparation pécuniaire est inappropriée ou insuffisante » (*Kerr*, para. 50). Étant donné que Pro-Sys n’indique pas en quoi une réparation pécuniaire serait inappropriée ou insuffisante, et qu’elle n’établit pas de lien avec un bien en particulier, l’allégation ne satisfait pas aux conditions d’imposition d’une fiducie par interprétation. Au vu des actes de procédure, il est manifeste qu’on ne saurait faire droit à l’allégation de Pro-Sys selon laquelle Microsoft devrait conserver en fiducie pour le compte des membres du groupe une somme égale au montant de la majoration du prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application vendus en Colombie-Britannique. Les éléments des actes de procédure qui concernent l’existence d’une fiducie par interprétation doivent être radiés.

(iii) Waiver of Tort

[93] As an alternative to the causes of action in tort, Pro-Sys waives the tort and seeks to recover the unjust enrichment accruing to Microsoft. Waiver of tort occurs when the plaintiff gives up the right to sue in tort and elects instead to base its claim in restitution, “thereby seeking to recoup the benefits that the defendant has derived from the tortious conduct” (Maddaugh and McCamus (2013), at p. 24-1). Causes of action in tort and restitution are not mutually exclusive, but rather provide alternative remedies that may be pursued concurrently (*United Australia, Ltd. v. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), at p. 18). Waiver of tort is based on the theory that “in certain situations, where a tort has been committed, it may be to the plaintiff’s advantage to seek recovery of an unjust enrichment accruing to the defendant rather than normal tort damages” (Maddaugh and McCamus, at pp. 24-1 and 24-2). An action in waiver of tort is considered by some to offer the plaintiff an advantage in that it may relieve them of the need to prove loss in tort, or in fact at all (Maddaugh and McCamus, at p. 24-4).

[94] Microsoft advances two arguments as to why this claim should be struck. First, it states that Pro-Sys has pleaded waiver of tort as a remedy and not a cause of action, and therefore proof of loss is an essential element. Second, if indeed waiver of tort is pleaded as a cause of action, the underlying tort must therefore be established, including the element of loss. In my view, neither argument provides a sufficient basis upon which to find that a claim in waiver of tort would plainly and obviously be unsuccessful.

[95] In *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665 (S.C.J. (Div. Ct.)), Epstein J. (as she then was) performed an extensive review

(iii) Renonciation au recours délictuel

[93] Subsidièrement à une cause d’action en responsabilité délictuelle, Pro-Sys invoque la renonciation au recours délictuel et demande à recouvrer une somme égale à l’enrichissement sans cause obtenu par Microsoft. Il y a renonciation au recours délictuel lorsque le demandeur renonce à son droit d’intenter une action en responsabilité délictuelle et choisit plutôt de se pourvoir en restitution et [TRADUCTION] « de recouvrer ainsi le bénéfice que le défendeur a tiré de la conduite délictueuse » (Maddaugh et McCamus (2013), p. 24-1). Les causes d’action en responsabilité délictuelle et en restitution ne s’excluent pas mutuellement, mais offrent plutôt des mesures de réparation qui peuvent être réclamées simultanément (*United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), p. 18). La renonciation au recours délictuel a pour prémisses que, [TRADUCTION] « dans certains cas de délit civil, le demandeur peut avoir avantage à recouvrer l’enrichissement sans cause obtenu par le défendeur plutôt qu’à obtenir des dommages-intérêts dans le cadre d’une action en responsabilité délictuelle » (Maddaugh et McCamus, p. 24-1 et 24-2). D’aucuns considèrent que l’action fondée sur la renonciation au recours délictuel confère un avantage au demandeur en ce qu’elle peut le dispenser de prouver la perte au regard des règles de la responsabilité délictuelle ou même de quelque manière (Maddaugh et McCamus, p. 24-4).

[94] Microsoft fait valoir deux motifs de radier cette allégation. Premièrement, Pro-Sys invoque la renonciation au recours délictuel dans une optique de réparation, et non à titre de cause d’action, de sorte que la preuve de la perte est essentielle. Deuxièmement, si la renonciation au recours délictuel est effectivement invoquée comme cause d’action, il faut donc établir le délit civil sous-jacent, y compris la perte. À mon avis, aucun des deux motifs avancés ne permet de conclure que la demande fondée sur la renonciation au recours délictuel ne peut manifestement pas être accueillie.

[95] Dans *Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665 (C.S.J. (C. div.)), la juge Epstein (maintenant juge de la Cour d’appel

of the doctrine of waiver of tort. Her analysis found numerous authorities accepting the viability of waiver of tort as its own cause of action intended to disgorge a defendant's unjust enrichment gained through wrongdoing, as opposed to merely a remedy for unjust enrichment. These authorities differed, however, as to the question of whether the underlying tort needed to be established in order to sustain the action in waiver of tort.

[96] The U.S. and U.K. jurisprudence as well as the academic texts on the subject have largely rejected the requirement that the underlying tort must be established in order for a claim in waiver of tort to succeed (see *Serhan*, at paras. 51-68, citing Maddaugh and McCamus (2005), at p. 24-20; J. Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution* (1991); D. Friedmann, "Restitution for Wrongs: The Basis of Liability", in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133; *National Trust Co. v. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. v. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (S.D.N.Y. 1920); *Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374 (P.C.); *Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366 (H.L.)). Another line of cases would find a cause of action in waiver of tort to be unavailable unless it can be established that the defendant has committed the underlying tort giving rise to the cause of action (see *United Australia*, at p. 18; *Zidarcic v. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61 (Ont. S.C.J.), at para. 14; *Reid v. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII)). At least one of these cases (*Reid*) suggests that a reluctance to eliminate the requirement of proving loss as an element of the cause of action is part of the reason for requiring the establishment of the underlying tort (para. 17).

de l'Ontario) examine minutieusement la notion de renonciation au recours délictuel. Elle constate que de nombreux auteurs reconnaissent sa validité comme cause d'action pour la restitution par le défendeur de l'enrichissement sans cause obtenu par des moyens répréhensibles, et non seulement pour la réparation de cet enrichissement sans cause. Ces auteurs diffèrent cependant d'avis quant à savoir si le délit civil sous-jacent doit être prouvé ou non pour les besoins de l'action fondée sur la renonciation au recours délictuel.

[96] Les tribunaux américains et britanniques, ainsi que les auteurs de doctrine en la matière, écartent pour la plupart l'obligation du demandeur d'établir le délit civil sous-jacent pour qu'il puisse avoir gain de cause sur le fondement de la renonciation au recours délictuel (voir *Serhan*, par. 51-68, citant Maddaugh et McCamus (2005), p. 24-20; J. Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment : Essays on the Law of Restitution* (1991); D. Friedmann, « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133; *National Trust Co. c. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (S.D.N.Y. 1920); *Mahesan c. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374 (P.C.); *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366 (H.L.)). Selon un autre courant jurisprudentiel, il ne peut y avoir de cause d'action fondée sur la renonciation au recours délictuel que s'il est établi que le défendeur a commis le délit civil y donnant ouverture (voir *United Australia*, p. 18; *Zidarcic c. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61 (C.S.J. Ont.), par. 14; *Reid c. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII)). Dans au moins une de ces affaires (*Reid*), le tribunal laisse entendre que la réticence à écarter l'obligation de prouver la perte comme élément de la cause d'action explique en partie qu'il faille prouver le délit civil sous-jacent (par. 17).

[97] Epstein J. ultimately concluded that, given this contradictory law, “[c]learly, it cannot be said that an action based on waiver of tort is sure to fail” and that the questions “about the consequences of identifying waiver of tort as an independent cause of action in circumstances such as exist here, involv[e] matters of policy that should not be determined at the pleadings stage” (*Serhan*, at para. 68). I agree. In my view, this appeal is not the proper place to resolve the details of the law of waiver of tort, nor the particular circumstances in which it can be pleaded. I cannot say that it is plain and obvious that a cause of action in waiver of tort would not succeed.

(3) The Remaining Certification Requirements

[98] The causes of action under s. 36 of the *Competition Act*, in tort and in restitution (except for constructive trust) have met the first certification requirement that the pleadings disclose a cause of action. I now turn to Microsoft’s argument that the claims should nevertheless be rejected because they do not meet two of the remaining certification requirements: that the claims of the class members raise common issues and that a class action is the preferable procedure in this case.

(a) *Standard of Proof*

[99] The starting point in determining the standard of proof to be applied to the remaining certification requirements is the standard articulated in this Court’s seminal decision in *Hollick*. In that case, McLachlin C.J. succinctly set out the standard: “. . . the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in . . . the Act, other than the requirement that the pleadings disclose a

[97] La juge Epstein conclut au final que, vu l’état contradictoire du droit, [TRADUCTION] « [o]n ne saurait affirmer, de toute évidence, que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera assurément débouté »; elle ajoute que le débat « sur les conséquences de la reconnaissance de la renonciation au recours délictuel comme cause d’action indépendante dans des circonstances comme celles de l’espèce fait intervenir des principes sur lesquels il ne convient pas de prononcer à l’étape de l’examen des allégations » (*Serhan*, par. 68). Je suis d’accord. À mon avis, il ne convient pas de statuer plus avant, dans le cadre du pourvoi, sur le droit applicable en matière de renonciation au recours délictuel, ni sur le contexte particulier dans lequel on peut invoquer celle-ci. Je ne peux affirmer que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera manifestement débouté.

(3) Les autres conditions présidant à la certification

[98] Les causes d’action que confère l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, en responsabilité délictuelle et en restitution (sauf sur le fondement de la fiducie par interprétation) remplissent la première condition de certification voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Je me penche maintenant sur la prétention de Microsoft selon laquelle les demandes des membres du groupe doivent néanmoins être rejetées parce qu’elles ne satisfont pas à deux des autres conditions, à savoir qu’une question commune soit soulevée et que le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler cette question.

a) *Norme de preuve*

[99] Le point de départ pour déterminer la norme de preuve applicable aux autres conditions de certification réside dans l’arrêt de principe *Hollick* où la juge en chef McLachlin énonce succinctement cette norme : « . . . le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées [dans] la Loi, autre que l’exigence que les actes de procédure révèlent une cause d’action » (par. 25 (je souligne)). La Juge

cause of action” (para. 25 (emphasis added)). She noted, however, that “the certification stage is decidedly not meant to be a test of the merits of the action” (para. 16). Rather, this stage is concerned with form and with whether the action can properly proceed as a class action (see *Hollick*, at para. 16; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (“*Infineon*”), at para. 65; *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), at para. 50).

[100] The *Hollick* standard of proof asks not whether there is some basis in fact for the claim itself, but rather whether there is some basis in fact which establishes each of the individual certification requirements. McLachlin C.J. did, however, note in *Hollick* that evidence has a role to play in the certification process. She observed that “the *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* clearly contemplates that the class representative will have to establish an evidentiary basis for certification” (para. 25).

[101] Microsoft, while accepting the “some basis in fact” standard, argues that “in order for the Plaintiffs to meet the standard of proof, the evidence must establish that the proposed class action raises common issues and is the preferable procedure *on a balance of probabilities*” (R.F., at para. 41 (emphasis in original)). Microsoft relies on the academic writings of Justice Cullity of the Ontario Superior Court of Justice. Cullity J. expressed the view that “[t]o the extent that some basis in fact reflects a concern that certification motions are procedural and should not be concerned with the merits of the claims asserted, there seems no justification for applying the lesser standard to essential preconditions for certification that will not be within the jurisdiction of the court at trial” (“Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407, at p. 422). In other words, Cullity J. suggests that because certification requirements are procedural, they will not be revisited at a trial of the common issues. As such, there is no reason to assess them on a

en chef signale que « [l]a Loi écarte carrément un examen au fond à l’étape de la certification » (par. 16). Cette étape intéresse plutôt la forme et le caractère approprié de la poursuite par voie de recours collectif (voir *Hollick*, par. 16; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (« *Infineon* »), par. 65; *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), par. 50).

[100] Suivant la norme de preuve issue de l’arrêt *Hollick*, la question n’est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais plutôt si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. La juge en chef McLachlin signale cependant que la preuve importe aux fins de la certification. Elle fait remarquer que « le rapport [. . .] du comité consultatif du procureur général [sur la réforme du recours collectif] envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d’étayer sa demande de certification » (par. 25).

[101] Bien qu’elle souscrive à la norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel », Microsoft fait valoir que [TRADUCTION] « pour respecter la norme de preuve, les demandeurs doivent établir *selon la prépondérance des probabilités* que le recours collectif proposé soulève une question commune et qu’il constitue la meilleure procédure pour régler cette question » (m.i., par. 41 (en italique dans l’original)). Elle invoque à l’appui les propos du juge Cullity, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, selon lesquels, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où l’exigence d’un certain fondement factuel est liée au fait que la demande de certification revêt un caractère procédural et que son examen ne doit pas porter sur le fond des allégations, rien ne paraît justifier l’application d’une norme moins stricte aux conditions essentielles qui président à la certification et qui échapperont à la compétence du tribunal lors du procès » (« Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407, p. 422). En d’autres termes, le juge Cullity indique qu’en

standard lower than the traditional civil standard of “balance of probabilities”. Microsoft further submits that this Court should endorse the American approach of making factual determinations at the certification stage on a preponderance of the evidence and should require certification judges to weigh the evidence so as to resolve all factual or legal disputes at certification, even if those disputes overlap with the merits (see R.F., at para. 42, citing *In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (3rd Cir. 2008), at p. 307, and R.F., at para. 43).

[102] I cannot agree with Microsoft’s submissions on this issue. Had McLachlin C.J. intended that the standard of proof to meet the certification requirements was a “balance of probabilities”, that is what she would have stated. There is nothing obscure here. The *Hollick* standard has never been judicially interpreted to require evidence on a balance of probabilities. Further, Microsoft’s reliance on U.S. law is novel and departs from the *Hollick* standard. The “some basis in fact” standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage. Rather, it reflects the fact that at the certification stage “the court is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight” (*Cloud*, at para. 50; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.), at para. 119, citing *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (Ont. S.C.J.)). The certification stage does not involve an assessment of the merits of the claim and is not intended to be a pronouncement on the viability or strength of the action; “rather, it focuses on the form of the action in order to determine whether the action can appropriately go forward as a class proceeding” (*Infineon*, at para. 65).

raison de leur nature procédurale, les conditions de certification ne feront pas l’objet d’un nouvel examen lors du procès. Il n’y a donc aucune raison de statuer sur le respect de ces conditions selon une norme moins stricte que celle de la « prépondérance des probabilités » généralement appliquée en matière civile. Microsoft ajoute que notre Cour devrait, à l’instar des tribunaux américains, tirer des conclusions de fait à l’étape de la certification selon la prépondérance de la preuve et exiger du juge saisi de la demande de certification qu’il évalue la preuve de façon à régler les différends d’ordre factuel ou juridique à cette étape, même lorsque ces différends touchent le fond du litige (voir m.i., par. 42, citant *In re : Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (3rd Cir. 2008), p. 307, et m.i., par. 43).

[102] Je ne saurais souscrire aux observations de Microsoft sur ce point. Si la juge en chef McLachlin avait voulu que le respect des conditions de certification soit assujéti à la norme de la « prépondérance des probabilités », elle l’aurait précisé. Or, la règle établie est claire. Les tribunaux n’ont jamais considéré que l’arrêt *Hollick* exigeait une preuve selon la prépondérance des probabilités. En outre, en s’appuyant sur le droit américain, Microsoft adopte une approche nouvelle et rompt avec la norme de l’arrêt *Hollick*. La norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel » n’exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l’étape de la certification. Elle tient plutôt compte du fait que, à cette étape, [TRADUCTION] « le tribunal n’est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve non plus que de déterminer sa valeur probante à l’issue d’une analyse nuancée » (*Cloud*, par. 50; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.), par. 119, citant *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (C.S.J. Ont.)). La procédure de certification ne comporte pas d’examen au fond de la demande et elle ne vise pas à déterminer le bien-fondé des allégations; [TRADUCTION] « elle intéresse plutôt la forme que revêt l’action pour déterminer s’il convient de procéder par recours collectif » (*Infineon*, par. 65).

[103] Nevertheless, it has been well over a decade since *Hollick* was decided, and it is worth reaffirming the importance of certification as a meaningful screening device. The standard for assessing evidence at certification does not give rise to “a determination of the merits of the proceeding” (*CPA*, s. 5(7)); nor does it involve such a superficial level of analysis into the sufficiency of the evidence that it would amount to nothing more than symbolic scrutiny.

[104] In any event, in my respectful opinion, there is limited utility in attempting to define “some basis in fact” in the abstract. Each case must be decided on its own facts. There must be sufficient facts to satisfy the applications judge that the conditions for certification have been met to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage by reason of the requirements of s. 4(1) of the *CPA* not having been met.

[105] Finally, I would note that Canadian courts have resisted the U.S. approach of engaging in a robust analysis of the merits at the certification stage. Consequently, the outcome of a certification application will not be predictive of the success of the action at the trial of the common issues. I think it important to emphasize that the Canadian approach at the certification stage does not allow for an extensive assessment of the complexities and challenges that a plaintiff may face in establishing its case at trial. After an action has been certified, additional information may come to light calling into question whether the requirements of s. 4(1) continue to be met. It is for this reason that enshrined in the *CPA* is the power of the court to decertify the action if at any time it is found that the conditions for certification are no longer met (s. 10(1)).

(b) *Do the Claims of the Class Members Raise Common Issues?*

[106] The commonality requirement has been described as “[t]he central notion of a class proceeding” (M. A. Eizenga et al., *Class Actions Law*

[103] De toute manière, plus d’une décennie s’est écoulée depuis *Hollick* et il convient de confirmer l’importance que revêt la procédure de certification comme mécanisme de filtrage efficace. La norme de preuve appliquée au stade de la certification n’emporte pas de [TRADUCTION] « conclusion sur le bien-fondé de l’instance » (*CPA*, par. 5(7)); elle ne donne pas lieu non plus à un examen du caractère suffisant de la preuve qui soit superficiel au point d’être strictement symbolique.

[104] Quoi qu’il en soit, j’estime en toute déférence qu’il serait peu utile de tenter de définir « un certain fondement factuel » dans l’abstrait. L’issue d’une affaire dépend des faits qui lui sont propres. Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le juge saisi des demandes que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l’instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s’écrouler à l’étape de l’examen au fond à cause du non-respect des conditions prévues au par. 4(1) de la *CPA*.

[105] Enfin, je fais observer que les tribunaux canadiens ont refusé d’adopter l’approche américaine et de se livrer à une analyse rigoureuse sur le fond à l’étape de la certification. En conséquence, la certification du recours collectif ne garantit aucunement que les demandeurs auront gain de cause lors de l’examen des questions communes au procès. J’estime qu’il importe de souligner que l’approche canadienne à l’étape de la certification ne permet pas d’apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès. Une fois le recours certifié, de nouvelles données peuvent apparaître et remettre en question le respect des conditions du par. 4(1). C’est la raison pour laquelle la *CPA* consacre le pouvoir du tribunal de révoquer la certification du recours collectif à tout moment où il est établi que les conditions de certification ne sont plus réunies (par. 10(1)).

(b) *Les demandes des membres du groupe soulèvent-elles des questions communes?*

[106] L’exigence d’une question commune a été qualifiée de [TRADUCTION] « [f]ondamentale au recours collectif » (M. A. Eizenga et autres, *Class*

and Practice (loose-leaf), at p. 3-34.6). It is based on the notion that “individuals who have litigation concerns ‘in common’ ought to be able to resolve those common concerns in one central proceeding rather than through an inefficient multitude of repetitive proceedings” (*ibid.*).

[107] Section 4(1)(c) of the *CPA* states that the court must certify an action as a class proceeding if, among other requirements, “the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members”. Section 1 of the *CPA* defines “common issues” as “(a) common but not necessarily identical issues of fact, or (b) common but not necessarily identical issues of law that arise from common but not necessarily identical facts”.

[108] In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, this Court addressed the commonality question, stating that “[t]he underlying question is whether allowing the suit to proceed as a [class action] will avoid duplication of fact-finding or legal analysis” (para. 39). I list the balance of McLachlin C.J.’s instructions, found at paras. 39-40 of that decision:

- (1) The commonality question should be approached purposively.
- (2) An issue will be “common” only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim.
- (3) It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party.
- (4) It not necessary that common issues predominate over non-common issues. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify

Actions Law and Practice (feuilles mobiles), p. 3-34.6). Elle repose sur l’idée que « les personnes qui soulèvent une question de droit “commune” doivent pouvoir obtenir le règlement de cette question commune dans le cadre d’une seule instance plutôt que d’instances multiples et répétitives confinant à l’inefficacité » (*ibid.*).

[107] L’alinéa 4(1)(c) de la *CPA* dispose que le tribunal certifie qu’il s’agit d’un recours collectif lorsque, notamment, [TRADUCTION] « les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l’emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels ». Selon l’article 1 de la *CPA*, « question commune » s’entend, selon le cas, « (a) d’une question de fait commune, mais pas nécessairement identique ou (b) d’une question de droit commune, mais pas nécessairement identique, qui découle de faits qui sont communs, mais pas nécessairement identiques ».

[108] Dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, notre Cour aborde la notion de communauté et conclut que « [l]a question sous-jacente est de savoir si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition dans l’appréciation des faits ou l’analyse juridique » (par. 39). J’énumère les autres paramètres établis par la juge en chef McLachlin et qui figurent aux par. 39-40 de l’arrêt :

- (1) Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l’objet.
- (2) Une question n’est « commune » que lorsque son règlement est nécessaire au règlement des demandes de chacun des membres du groupe.
- (3) Il n’est pas essentiel que les membres du groupe soient tous dans la même situation par rapport à la partie adverse.
- (4) Il n’est pas nécessaire que les questions communes l’emportent sur les questions non communes. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager

a class action. The court will examine the significance of the common issues in relation to individual issues.

- (5) Success for one class member must mean success for all. All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent.

[109] Microsoft argues that the differences among the proposed class members are too great to satisfy the common issues requirement. It argues that the plaintiffs allege they were injured by multiple separate instances of wrongdoing, that these acts occurred over a period of 24 years and had to do with 19 different products, and that various co-conspirators and countless licences are implicated. Microsoft also argues that the fact that the overcharge has been passed on to the class members through the chain of distribution makes it unfeasible to prove loss to each of the class members for the purposes of establishing common issues.

[110] The multitude of variables involved in indirect purchaser actions may well present a significant challenge at the merits stage. However, there would appear to be a number of common issues that are identifiable. In order to establish commonality, evidence that the acts alleged actually occurred is not required. Rather, the factual evidence required at this stage goes only to establishing whether these questions are common to all the class members.

[111] Myers J. concluded that the claims raised common issues. I agree that their resolution is indeed necessary to the resolution of the claims of each class member. Their resolution would appear to advance the claims of the entire class and to answer them commonly will avoid duplication in legal and factual analysis. Those findings are entitled to deference from an appellate court.

un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Le tribunal évalue l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles.

- (5) Le succès d'un membre du groupe emporte nécessairement celui de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du dénouement favorable de l'action, mais pas nécessairement dans la même proportion.

[109] Microsoft fait valoir que les différences entre les membres du groupe proposé sont trop importantes et ne permettent pas de satisfaire à l'exigence d'une question commune. Selon elle, les demandeurs allèguent avoir subi un préjudice à l'occasion de comportements fautifs distincts, que ces actes ont eu lieu sur une période de 24 ans, qu'ils ont visé 19 produits différents, que diverses personnes ont pris part au complot et que d'innombrables licences sont en cause. Elle ajoute que le transfert de la majoration aux membres du groupe en aval dans la chaîne de distribution rend impossible la preuve de la perte de chacun des membres du groupe aux fins d'établir l'existence d'une question commune.

[110] La multitude de variables que font intervenir les actions d'acheteurs indirects pourrait fort bien présenter un défi de taille à l'étape de l'examen au fond. Toutefois, plusieurs questions communes paraissent discernables. Établir la communauté des questions n'exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu. À ce stade, il faut plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe.

[111] Le juge Myers conclut que les demandes soulèvent des questions communes. Je conviens que leur règlement est en effet nécessaire à celui de la réclamation de chacun des membres du groupe. Il permettrait de faire progresser l'examen des allégations du groupe dans son ensemble et d'éviter la répétition dans l'analyse du droit et des faits. Une cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard de ces conclusions.

[112] The differences cited by Microsoft are, in my view, insufficient to defeat a finding of commonality. *Dutton* confirms that even a significant level of difference among the class members does not preclude a finding of commonality. In any event, as McLachlin C.J. stated, “[i]f material differences emerge, the court can deal with them when the time comes” (*Dutton*, at para. 54).

[113] In addition to the common issues relating to scope and existence of the causes of action pleaded, the remaining common issues certified by Myers J. relate to the alleged loss suffered by the class members and as to whether damages can be calculated on an aggregate basis. The loss-related common issues, that is to say the proposed common issues that ask whether loss to the class members can be established on a class-wide basis, require the use of expert evidence in order for commonality to be established. The standard upon which that evidence should be assessed is contested and I turn to it first below. A question was also raised regarding whether the aggregate damages provision can be used to establish liability. I also address this below.

(i) Expert Evidence in Indirect Purchaser Class Actions

[114] One area in which difficulty is encountered in indirect purchaser actions is in assessing the commonality of the harm or loss-related issues. In order to determine if the loss-related issues meet the “some basis in fact” standard, some assurance is required that the questions are capable of resolution on a common basis. In indirect purchaser actions, plaintiffs generally seek to satisfy this requirement through the use of expert evidence in the form of economic models and methodologies.

[115] The role of the expert methodology is to establish that the overcharge was passed on to the indirect purchasers, making the issue common to the class as a whole (see *Chadha*, at para. 31).

[112] À mon sens, les différences invoquées par Microsoft ne permettent pas d’écarter la conclusion qu’il y a questions communes. L’arrêt *Dutton* confirme que même des différences assez importantes entre les membres du groupe n’empêchent pas de conclure à l’existence de questions communes. En tout état de cause, comme le fait remarquer la juge en chef McLachlin, « [s]i des différences importantes surviennent, le tribunal réglera la question le moment venu » (*Dutton*, par. 54).

[113] Outre celles liées à l’existence et à la portée des causes d’action invoquées, les autres questions communes certifiées par le juge Myers portent sur la perte qu’auraient subie les membres du groupe et sur la possibilité d’établir les dommages-intérêts de manière globale. Démontrer le caractère commun des questions liées à la perte — la perte subie par les membres peut-elle être circonscrite à l’échelle du groupe? — commande le recours à une preuve d’expert. La norme de preuve applicable à cette preuve est contestée, et je l’examine ci-après. On soulève par ailleurs la question de savoir si les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent servir à fonder la responsabilité. J’examine ce point ensuite.

(i) Preuve d’expert dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects

[114] L’une des difficultés que pose le recours d’acheteurs indirects a trait à l’appréciation du caractère commun des questions liées au préjudice ou à la perte. Pour que ces questions puissent satisfaire à la norme d’« un certain fondement factuel », il doit être assez certain qu’elles peuvent faire l’objet d’un règlement commun. Dans le cadre d’actions intentées par des acheteurs indirects, les demandeurs tentent généralement de satisfaire à cette exigence en offrant une preuve d’expert qui revêt la forme de modèles et de méthodes économiques.

[115] La méthode proposée par l’expert vise à établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects, ce qui rend la question commune au groupe dans son ensemble (voir *Chadha*,

The requirement at the certification stage is not that the methodology quantify the damages in question; rather, the critical element that the methodology must establish is the ability to prove “common impact”, as described in the U.S. antitrust case of *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). That is, plaintiffs must demonstrate that “sufficient proof [is] available, for use at trial, to prove antitrust impact common to all the members of the class” (*ibid.*, at p. 155). It is not necessary at the certification stage that the methodology establish the actual loss to the class, as long as the plaintiff has demonstrated that there is a methodology capable of doing so. In indirect purchaser actions, this means that the methodology must be able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain.

[116] The most contentious question involving the use of expert evidence is how strong the evidence must be at the certification stage to satisfy the court that there is a method by which impact can be proved on a class-wide basis. The B.C.C.A. in *Infineon* called for the plaintiff to show “only a credible or plausible methodology” and held that “[i]t was common ground that statistical regression analysis is in theory capable of providing reasonable estimates of gain or aggregate harm and the extent of pass-through in price-fixing cases” (para. 68). This was the standard adopted by Myers J. in the present case. Under this standard, he found the plaintiffs’ methodologies to be adequate to satisfy the commonality requirement.

[117] Microsoft submits that the “credible or plausible methodology” standard adopted by Myers J. was too permissive and allowed for a claim to be founded on insufficient evidence. It argues that under s. 5(4) of the *CPA*, the parties are required to file affidavits containing all material facts upon which they intend to rely, and as such Myers J. was under an obligation to weigh

par. 31). À l’étape de la certification, la méthode n’a pas à déterminer le montant des dommages-intérêts, mais doit plutôt — et c’est là l’élément crucial — être susceptible de prouver « les conséquences communes », comme le conclut un tribunal américain dans une affaire antitrust, *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). Les demandeurs doivent démontrer qu’une [TRADUCTION] « preuve permettra d’établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe » (*ibid.*, p. 155). À l’étape de la certification, point n’est besoin que la méthode établisse la perte réellement subie par le groupe dans la mesure où le demandeur démontre qu’une méthode permet de le faire. Dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects, la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution.

[116] La question la plus vivement débattue au chapitre de l’utilisation de la preuve d’expert est celle de savoir à quel point la preuve doit être concluante à l’étape de la certification pour convaincre le tribunal qu’une méthode permet d’établir les conséquences communes à l’échelle du groupe. Dans l’affaire *Infineon*, la C.A.C.-B. a invité la demanderesse à ne présenter [TRADUCTION] « qu’une méthode valable ou acceptable » pour ensuite conclure qu’« [i]l est bien établi que l’analyse de régression statistique offre en principe une estimation raisonnable du bénéfice ou du préjudice global et de l’étendue du transfert de la perte lorsqu’il y a eu fixation des prix » (par. 68). C’est le critère appliqué par le juge Myers en l’espèce, de sorte qu’il conclut que les méthodes employées par les parties demanderesses permettaient de satisfaire à l’exigence d’une question commune.

[117] Microsoft soutient que le critère de la « méthode valable ou acceptable » adopté par le juge Myers est trop laxiste et ouvre la voie à des demandes étayées par une preuve insuffisante. Elle fait valoir que le par. 5(4) de la *CPA* oblige les parties à déposer des affidavits qui énoncent tous les faits importants qu’elles entendent invoquer et que le juge Myers avait donc l’obligation de mettre

the evidence of both parties where a conflict arises. Microsoft alleges that despite this requirement, Myers J. failed to weigh Pro-Sys's expert evidence against Microsoft's expert evidence, merely concluding that Pro-Sys's expert evidence was "not implausible" and that assessing competing evidence was "not something that can and should be done in a certification application" (R.F., at para. 43, citing reasons of Myers J., at para. 144). Microsoft argues that this approach was in error and is inconsistent with the standard required at certification. Once again relying on U.S. case law, Microsoft urges this Court to weigh conflicting expert testimony at certification and to perform this review in a "robust" and "rigorous" manner (R.F., at paras. 45-48, citing *Hydrogen Peroxide*, at p. 323, and *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011), at p. 2551).

[118] In my view, the expert methodology must be sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement. This means that the methodology must offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis so that, if the overcharge is eventually established at the trial of the common issues, there is a means by which to demonstrate that it is common to the class (i.e. that passing on has occurred). The methodology cannot be purely theoretical or hypothetical, but must be grounded in the facts of the particular case in question. There must be some evidence of the availability of the data to which the methodology is to be applied.

[119] To hold the methodology to the robust or rigorous standard suggested by Microsoft, for instance to require the plaintiff to demonstrate actual harm, would be inappropriate at the certification stage. In Canada, unlike the U.S., precertification discovery does not occur as a matter of right. Although document production may be ordered at the discretion of the applications judge, Microsoft objected and Myers J. acceded to Microsoft's position and refused to order it in this case (2007 BCSC 1663, 76 B.C.L.R. (4th) 171). Microsoft can hardly argue for rigorous and robust

en balance les éléments de preuve des deux parties en cas de conflit. Elle allègue que, au mépris de cette exigence, le juge Myers ne soupèse pas la preuve d'expert de Pro-Sys au regard de la sienne, mais conclut simplement que la preuve d'expert de Pro-Sys n'est [TRADUCTION] « pas inacceptable » et que l'appréciation des éléments de preuve contradictoires « ne peut et ne doit pas intervenir à l'étape de la certification » (m.i., par. 43, citant le par. 144 des motifs du juge Myers). Or, selon Microsoft, cette approche est erronée et incompatible avec la norme applicable à cette étape. Invoquant encore une fois la jurisprudence américaine, elle exhorte notre Cour à apprécier les témoignages d'expert contradictoires à l'étape de la certification, et ce, de manière [TRADUCTION] « stricte » et « rigoureuse » (m.i., par. 45-48, citant *Hydrogen Peroxide*, p. 323, et *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011), p. 2551).

[118] À mon avis, la méthode d'expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune. Elle doit donc offrir une possibilité réaliste d'établir la perte à l'échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l'issue de l'examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu'elle est commune aux membres du groupe (c.-à-d. que le transfert a eu lieu). Or, il ne peut s'agir d'une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l'affaire. L'existence des données auxquelles la méthode est censée s'appliquer doit être étayée par quelque preuve.

[119] Il ne convient pas, à l'étape de la certification, de soumettre la méthode à la norme stricte ou rigoureuse que préconise Microsoft, notamment d'exiger du demandeur qu'il prouve le préjudice effectivement subi. Au Canada, contrairement à ce qui a cours aux États-Unis, il n'y a pas d'emblée un droit à la communication de documents avant la certification. Même si le juge saisi des demandes a le pouvoir discrétionnaire de l'ordonner, Microsoft s'y est opposée et le juge Myers a refusé de l'ordonner en l'espèce (2007 BCSC 1663, 76 B.C.L.R. (4th) 171). Microsoft peut difficilement plaider en

scrutiny when it objected to pre-certification discovery and was successful before the applications judge.

[120] Here, the Pro-Sys expert evidence consists of methodologies proposed by two economists, Professor James Brander and Dr. Janet Netz. Professor Brander's affidavit identified him as the Asia-Pacific Professor of International Business in the Sauder School of Business at the University of British Columbia and senior consultant in the Delta Economics Group. Dr. Netz's affidavit described her as an economist, a founding partner of ApplEcon LLC, an economics consulting firm based in Ann Arbor, Michigan, a tenured Associate Professor of Economics at Purdue University and a Visiting Associate Professor at the University of Michigan. Dr. Netz acted as expert witness in several similar cases brought against Microsoft in the United States. Dr. Netz's testimony drew heavily from the evidence she had prepared in her role as expert in those U.S. cases.

[121] It is Dr. Netz's evidence that the same methodology that applied in the U.S. would apply equally to the case at bar. She testified that the methodologies can demonstrate the initial overcharges by Microsoft to its direct purchasers as well as the pass-through to the indirect purchasers. Dr. Netz outlines three alternative methods by which harm and damages can be calculated. The first two methods, called the "rate of return method" and the "profit margin method", identify the overcharge at the first level of the distribution chain — that is, the overcharge in the sales made directly by Microsoft to its own customers. The first two models do not on their own establish that the overcharge was passed on but are intended to prove the total amount received by Microsoft as a result of the overcharge. The third methodology, the "price premium method", begins the analysis at the other end of the distribution chain, at the ultimate-purchaser level.

faveur d'un examen strict ou rigoureux, alors qu'elle s'est opposée à la communication de documents avant la certification et que le juge saisi des demandes a retenu son opposition.

[120] En l'espèce, la preuve d'expert de Pro-Sys est constituée de méthodes proposées par deux économistes, les professeurs James Brander et Janet Netz. Dans son affidavit, le professeur Brander déclare enseigner le commerce international pour la zone Asie-Pacifique à la Sauder School of Business de l'Université de la Colombie-Britannique et exercer la fonction de conseiller principal au sein du Delta Economics Group. Selon son affidavit, la professeure Netz est économiste et associée fondatrice d'ApplEcon LLC, un cabinet de services-conseils en économie établi à Ann Arbor, au Michigan, professeure agrégée permanente d'économie à l'Université Purdue, ainsi que professeure agrégée invitée à l'Université du Michigan. Elle a été témoin expert dans plusieurs instances semblables engagées contre Microsoft aux États-Unis. Son témoignage s'appuie en grande partie sur les éléments de preuve qu'elle a présentés à titre d'experte dans ces instances.

[121] La professeure Netz estime que les méthodes employées aux États-Unis peuvent également l'être en l'espèce. Selon elle, ces méthodes permettent d'établir la majoration que Microsoft a imposée initialement à ses acheteurs directs, ainsi que son transfert aux acheteurs indirects. Elle fait état de trois méthodes pour évaluer le préjudice subi et établir le montant des dommages-intérêts. Les deux premières méthodes, à savoir celle fondée sur le taux de rentabilité (« *rate of return method* ») et celle fondée sur la marge bénéficiaire (« *profit margin method* »), permettent de déterminer la majoration intervenue au sommet de la chaîne de distribution — soit la majoration directe par Microsoft lors de la vente à ses propres clients. Ces méthodes ne permettent pas à elles seules d'établir le transfert de la majoration, mais elles visent à déterminer la somme totale touchée par Microsoft par suite de la majoration. En ce qui concerne la troisième méthode, celle fondée sur l'augmentation du prix (« *price premium method* »), l'analyse commence à l'autre extrémité de la chaîne de distribution, là où se situe le consommateur final.

[122] Dr. Netz describes the price premium method as follows:

Under this method, one calculates the *retail* price premium that Microsoft products have relative to competing products for the products at issue and for a set of benchmark products where there have not been allegations of anticompetitive conduct. The overcharge equals the percentage decrease in the *retail* price of the products at issue such that Microsoft would still realize the same *retail* price premium as it does on the benchmark products (i.e., products in markets not affected by Microsoft's unlawful conduct). [Emphasis in original; 2010 BCSC 285, at para. 26.]

[123] Once the retail price overcharge is calculated, the total class member expenditure on the products should then be multiplied by the overcharge percentage in order to arrive at the quantum of damages.

[124] Dr. Netz testified that regression analysis could be employed to ascertain the extent of passing on in order to establish loss at the indirect-purchaser level. Relying on the successful application of the methods in the U.S., Dr. Netz testified that “[t]here is no theoretical reason, in my opinion, why the methods described above cannot be applied to the sales of Microsoft software in Canada” (Netz affidavit, at para. 49 (A.R., vol. II, at p. 177)). Implicit in this evidence is that the data necessary to apply the methodologies in Canada is available.

[125] Myers J. dealt with Microsoft's criticisms of Dr. Netz's testimony at paras. 131-64 of his reasons. Microsoft's criticisms pertained to her alleged failure to take Canadian context into account, the lack of an evidentiary basis for her findings, alleged flaws in the benchmark products she selected, and a lack of workability in her proposed methodology. Myers J. found that despite these criticisms, Dr. Netz had demonstrated a plausible methodology for proving class-wide loss. He therefore did not proceed to address Professor Brander's proposed methods (para. 164).

[122] La professeure Netz décrit comme suit la méthode fondée sur l'augmentation du prix :

[TRADUCTION] Cette méthode sert à calculer l'augmentation du prix au *détail* des produits de Microsoft par rapport à ceux de concurrents pour les produits en cause et pour un ensemble de produits de référence lorsqu'il n'y a pas eu d'allégations de comportement anticoncurrentiel. La majoration correspond au pourcentage de diminution du prix au *détail* des produits en question qui permettrait à Microsoft de toucher la même augmentation du prix au *détail* que pour les produits de référence (à savoir des produits offerts sur des marchés non touchés par le comportement illégal de Microsoft). [En italique dans l'original; 2010 BCSC 285, par. 26.]

[123] Une fois déterminée la majoration du prix au détail, on établit le montant des dommages-intérêts en multipliant par le pourcentage de majoration le total des dépenses faites par les membres du groupe pour les produits en question.

[124] Selon la professeure Netz, l'analyse de régression peut servir à déterminer l'étendue du transfert afin d'établir la perte subie par l'acheteur indirect. Faisant fond sur l'application concluante de ces méthodes aux États-Unis, elle précise que, [TRADUCTION] « [s]ur le plan théorique, rien ne s'oppose à ce que les méthodes s'appliquent à la vente des logiciels de Microsoft au Canada » (affidavit de la professeure Netz, par. 49 (d.a., vol. II, p. 177)). Il appert implicitement de son témoignage que les données nécessaires à l'application des méthodes existent au Canada.

[125] Aux paragraphes 131-164 de ses motifs, le juge Myers se penche sur les critiques formulées par Microsoft à l'égard du témoignage de la professeure Netz. Microsoft reproche au témoin de ne pas tenir compte du contexte canadien, de n'offrir aucune preuve à l'appui de ses conclusions, de ne pas bien choisir les produits de référence et de proposer des méthodes inapplicables. Le juge Myers conclut que la professeure Netz fait néanmoins état d'une méthode acceptable pour établir la perte infligée à l'échelle du groupe. Il n'examine donc pas les méthodes proposées par le professeur Brander (par. 164).

[126] It is indeed possible that at trial the expert evidence presented by Microsoft will prove to be stronger and more credible than the evidence of Dr. Netz and Professor Brander. However, resolving conflicts between the experts is an issue for the trial judge and not one that should be engaged in at certification (see *Infineon*, at para. 68; *Irving*, at para. 143). The trial judge will have the benefit of a full record upon which to assess the appropriateness of any damages award that may be made pursuant to the proposed methodology. For the purposes of certification and having regard to the deference due the applications judge on this issue, I would not interfere with the findings of Myers J. as to the commonality of the loss-related issues.

(ii) Aggregate Assessment of Damages

[127] The issue raised here is whether the question of aggregate assessment of damages is properly certified as a common issue. The aggregate damages provisions in the *CPA* provide for the quantification of the monetary award on a class-wide basis. Sections 29(1) and 29(2) of the *CPA* are relevant:

29 (1) The court may make an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant's liability to class members and may give judgment accordingly if

- (a) monetary relief is claimed on behalf of some or all class members,
- (b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability, and
- (c) the aggregate or a part of the defendant's liability to some or all class members can

[126] Il se peut effectivement que, au procès, le témoignage d'expert présenté par Microsoft se révèle plus convaincant et plus digne de foi que ceux de la professeure Netz et du professeur Brander. Or, trancher entre des preuves d'expert contradictoires relève du juge du procès et ne doit pas intervenir à l'étape de la certification (voir *Infineon*, par. 68; *Irving*, par. 143). Le juge du procès disposera d'un dossier complet qui lui permettra de se prononcer sur le caractère approprié de tout octroi de dommages-intérêts fondé sur la méthode proposée. Aux fins de la certification, et compte tenu de la déférence à laquelle a droit le juge saisi des demandes sur ce point, je suis d'avis de ne pas modifier les conclusions du juge Myers sur le caractère commun des questions touchant à la perte subie.

(ii) Détermination globale du montant des dommages-intérêts

[127] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir s'il y a lieu de certifier comme questions communes celles se rapportant à l'opportunité de dommages-intérêts globaux. Les dispositions de la *CPA* sur l'octroi de dommages-intérêts globaux prévoient l'établissement de la réparation pécuniaire à l'échelle du groupe. Voici le libellé des par. 29(1) et (2) de la *CPA* :

[TRADUCTION]

29 (1) Le tribunal peut fixer par ordonnance le montant global des dommages-intérêts quant à la totalité ou à une partie de la responsabilité pécuniaire d'un défendeur envers les membres du groupe, et rendre jugement en conséquence, si :

- (a) une réparation pécuniaire est demandée au nom de tous les membres du groupe ou de certains d'entre eux;
- (b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire afin de fixer le montant de la responsabilité pécuniaire du défendeur;
- (c) la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers tous les membres du

reasonably be determined without proof by individual class members.

- (2) Before making an order under subsection (1), the court must provide the defendant with an opportunity to make submissions to the court in respect of any matter touching on the proposed order including, without limitation,
- (a) submissions that contest the merits or amount of an award under that subsection, and
 - (b) submissions that individual proof of monetary relief is required due to the individual nature of the relief.

[128] In this case, the common issues that were certified are whether damages can be determined on an aggregate basis and if so, in what amount. For the reasons below, I would not disturb the applications judge's decision to certify these common issues. However, while the aggregate damages common issues certified by Myers J. deal only with the assessment of damages and not proof of loss, there is some confusion in his reasons about whether the aggregate damages provisions of the *CPA* may be relied on to establish proof of loss where proof of loss is an essential element of proving liability. That question has been resolved differently by various courts in Ontario and British Columbia, where the aggregate damages provisions are sufficiently similar to allow comparison.

[129] In this case, Myers J. concluded that the aggregate damages provisions can be used to establish what I interpret to be the proof of loss element of proving liability. He stated that "the aggregate damages section of the *Class Proceedings Act* allow the harm to be shown in the aggregate to the class as a whole" (para. 126), and also that "the Court of Appeal must be taken to have accepted that for certification of the damage claims, a method of showing harm to all class members need not be demonstrated and, further, that the

groupe ou certains d'entre eux peut raisonnablement être établie sans que des membres n'aient à en faire la preuve individuellement.

- (2) Avant de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (1), le tribunal permet au défendeur de présenter des observations sur toute question qui touche l'ordonnance proposée, y compris sur ce qui suit :
- (a) le bien-fondé de l'ordonnance rendue en application de ce paragraphe ou le montant des dommages-intérêts qui y sont accordés;
 - (b) la nécessité d'une preuve individuelle du droit à la réparation pécuniaire étant donné la nature individuelle de celle-ci.

[128] Dans la présente affaire, les questions communes qui ont été certifiées sont les suivantes : peut-on établir les dommages-intérêts de manière globale et, dans l'affirmative, à combien se montent-ils? Pour les motifs qui suivent, la décision du juge saisi des demandes de certifier ces questions ne doit pas être réformée. Toutefois, même si les questions que certifie le juge Myers relativement aux dommages-intérêts globaux n'ont trait qu'à la détermination de leur montant, et non à la preuve de la perte, ses motifs créent une certaine incertitude quant à savoir si les dispositions de la *CPA* sur l'octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour prouver la perte lorsque la preuve de celle-ci est un élément essentiel de l'établissement de la responsabilité. Cette question a été tranchée différemment par les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, deux provinces dont les dispositions pertinentes s'apparentent suffisamment entre elles pour qu'on puisse les comparer.

[129] Dans la présente affaire, le juge Myers conclut que ces dispositions peuvent être invoquées pour établir ce qui me paraît être la preuve de la perte qui permet d'établir la responsabilité. Il dit que [TRADUCTION] « les dispositions de la *Class Proceedings Act* sur l'octroi de dommages-intérêts globaux permettent de prouver le préjudice infligé globalement au groupe en entier » (par. 126) et aussi qu'« il faut considérer que, pour la Cour d'appel, la certification d'une demande d'indemnisation n'exige pas la démonstration qu'une méthode

aggregate damages sections can be used to establish liability” (B.C.S.C., at para. 125).

[130] In finding that the aggregate damages provisions of the *CPA* can be used to establish proof of loss to the class as a whole, Myers J. followed a line of jurisprudence of the British Columbia Court of Appeal. This reasoning appears in *Infineon*:

In *Knight*, this Court affirmed the certification of an aggregate monetary award under the *CPA* as a common issue in a claim for disgorgement of the benefits of the defendants’ wrongful conduct without an antecedent liability finding — rather, the aggregate assessment would establish concurrently both that the defendant benefited from its wrongful conduct and the extent of the benefit. [para. 39]

(See also *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389, at paras. 50-52.)

[131] With respect, I do not agree with this reasoning. The aggregate damages provisions of the *CPA* relate to remedy and are procedural. They cannot be used to establish liability (*2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, at para. 55). The language of s. 29(1)(b) specifies that no question of fact or law, other than the assessment of damages, should remain to be determined in order for an aggregate monetary award to be made. As I read it, this means that an antecedent finding of liability is required before resorting to the aggregate damages provision of the *CPA*. This includes, where required by the cause of action such as in a claim under s. 36 of the *Competition Act*, a finding of proof of loss. I do not see how a statutory provision designed to award damages on an aggregate basis can be said to be used to establish any aspect of liability.

permet d’établir le préjudice infligé à tous les membres du groupe et, en outre, les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour établir la responsabilité » (C.S.C.-B., par. 125).

[130] Pour arriver à la conclusion que les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour prouver la perte infligée au groupe dans son ensemble, le juge Myers s’appuie sur la jurisprudence de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Son raisonnement figure dans *Infineon* :

[TRADUCTION] Dans *Knight*, la Cour confirme la certification de la réparation pécuniaire globale fondée sur la *CPA* comme question commune dans une instance en restitution des profits tirés du comportement fautif sans détermination préalable de la responsabilité du défendeur — en fait, l’évaluation globale établirait à la fois le fait que le défendeur a tiré profit de son comportement fautif et l’étendue de ce profit. [par. 39]

(Voir également *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389, par. 50-52.)

[131] Soit dit en tout respect, je n’adhère pas à ce raisonnement. Les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux ont trait à la réparation, sont de nature procédurale et ne peuvent permettre d’établir la responsabilité (*2038724 Ontario Ltd. c. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, par. 55). Le libellé de l’al. 29(1)(b) veut qu’il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire pour qu’une réparation pécuniaire globale puisse être accordée. À mon sens, il faut une conclusion préalable de responsabilité avant d’appliquer les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux, ce qui comprend, lorsque l’exige une cause d’action comme celles prévues à l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, une conclusion sur la preuve de la perte. Je ne vois pas comment une disposition visant à accorder des dommages-intérêts de manière globale pourrait être le fondement d’une conclusion sur quelque volet de la responsabilité.

[132] I agree with Feldman J.A.'s holding in *Chadha* that aggregate damages provisions are “applicable only once liability has been established, and provid[e] a method to assess the quantum of damages on a global basis, but not the fact of damage” (para. 49). I also agree with Masuhara J. of the B.C.S.C. in *Infineon* that “liability requires that a pass-through reached the Class Members”, and that “[t]hat question requires an answer before the aggregation provisions, which are only a tool to assist in the distribution of damages, can be invoked” (2008 BCSC 575 (CanLII), at para. 176). Furthermore, I agree with the Ontario Court of Appeal in *Quizno's*, that “[t]he majority clearly recognized that s. 24 [of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6] is procedural and cannot be used in proving liability” (para. 55).

[133] This reasoning reflects the intention of the Attorney General of British Columbia. When he introduced the *CPA* in the British Columbia legislature, he stated that the goal of the legislation was to allow individuals who have similar claims to come together and pursue those individual claims collectively: “In simple terms, all we are doing here is finding a way to enable the access that individuals have to the court to be an access that individuals combining together can have to the court” (Hon. c. Gabelmann, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078). The *CPA* was not intended to allow a group to prove a claim that no individual could. Rather, an important objective of the *CPA* is to allow individuals who have provable individual claims to band together to make it more feasible to pursue their claims.

[134] The question of whether damages assessed in the aggregate are an appropriate remedy can be certified as a common issue. However, this common issue is only determined at the common issues

[132] Je souscris à la conclusion de la juge Feldman dans *Chadha*, à savoir que les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux [TRADUCTION] « s’appliquent seulement une fois la responsabilité établie et offrent une méthode d’évaluation globale des dommages-intérêts, mais ne permettent pas d’établir le préjudice » (par. 49). Je conviens également avec le juge Masuhara de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qu’[TRADUCTION] « établir la responsabilité exige de prouver que le transfert de la perte a atteint les membres du groupe. Il faut statuer sur ce point avant d’appliquer les dispositions sur l’évaluation globale des dommages-intérêts, lesquelles n’offrent qu’un moyen d’attribuer l’indemnité » (voir *Infineon*, 2008 BCSC 575 (CanLII), par. 176). Aussi, je partage l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Quizno's* selon lequel [TRADUCTION] « [L]es juges majoritaires reconnaissent clairement que l’art. 24 [de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario, L.O. 1992, ch. 6] est de nature procédurale et ne peut servir d’assise à l’établissement de la responsabilité » (par. 55).

[133] Ce raisonnement traduit l’intention du procureur général de la Colombie-Britannique. Lorsque ce dernier a présenté la *CPA* à l’Assemblée législative de la province, il a précisé que la loi visait à permettre aux personnes ayant des réclamations apparentées de réunir leurs demandes individuelles et de poursuivre collectivement : [TRADUCTION] « En somme, le but est seulement de trouver un moyen de reconnaître aussi à un regroupement de personnes le droit d’ester en justice que l’on reconnaît à une personne individuelle » (l’hon. C. Gabelmann, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, n° 20, 4^e sess., 35^e lég., 6 juin 1995, p. 15078). La *CPA* ne visait pas à permettre à un groupe de personnes de prouver ce que nulle personne individuelle ne pouvait prouver. L’un de ses principaux objectifs était plutôt de faire en sorte que les personnes qui ont des réclamations individuelles prouvables puissent se regrouper et voir ainsi leurs démarches judiciaires facilitées.

[134] La question de savoir si l’octroi de dommages-intérêts globaux constitue une réparation appropriée peut être certifiée comme question commune. Cependant, cette question commune ne

trial after a finding of liability has been made. The ultimate decision as to whether the aggregate damages provisions of the *CPA* should be available is one that should be left to the common issues trial judge. Further, the failure to propose or certify aggregate damages, or another remedy, as a common issue does not preclude a trial judge from invoking the provisions if considered appropriate once liability is found.

[135] However, as stated above, the determination that the aggregate damages provisions cannot be used to establish proof of loss does not affect Myers J.'s decision to certify aggregate damages as a common issue. Despite his erroneous finding that aggregate damages provisions may be invoked to establish liability, he stated that invoking these provisions for that purpose was not necessary in this case (see paras. 119-20 and 127). The aggregate damages questions he certified relate solely to whether damages can be determined on an aggregate basis and if so in what amount. Having not actually relied on the proposition that aggregate damages provisions can be used to determine liability, Myers J.'s decision to certify questions related to aggregate damages should not be disturbed.

(c) *Is a Class Action the Preferable Procedure?*

[136] The provision of the *CPA* relevant to the preferable procedure requirement is s. 4(2). It reads:

- (2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court must consider all relevant matters including the following:
- (a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;

sera tranchée qu'au procès, une fois la responsabilité établie. La décision relative à l'applicabilité des dispositions de la *CPA* sur les dommages-intérêts globaux doit appartenir en fin de compte au juge du procès appelé à statuer sur les questions communes. En outre, l'omission de proposer ou de certifier à titre de question commune l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts globaux ou une autre réparation n'empêche pas le juge de se fonder sur les dispositions s'il l'estime indiqué.

[135] Toutefois, rappelons que même si les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne sauraient servir à prouver la perte, la décision du juge Myers de certifier que leur application soulève une question commune demeure valable. Même s'il conclut à tort qu'elles peuvent être invoquées pour établir la responsabilité, il ajoute que point n'est besoin de les invoquer en l'espèce (voir par. 119-120 et 127). Les questions qui s'y rapportent et qu'il certifie consistent seulement à savoir si le montant des dommages-intérêts peut être arrêté globalement et, dans l'affirmative, quel est ce montant. Puisque le juge Myers ne s'appuie pas véritablement sur sa conclusion que les dispositions peuvent être invoquées pour prouver la responsabilité, sa décision de certifier des questions communes touchant à l'octroi de dommages-intérêts globaux n'a pas à être modifiée.

c) *Le recours collectif constitue-t-il la meilleure procédure pour régler les questions communes?*

[136] Le paragraphe 4(2) de la *CPA* prévoit que le recours collectif doit constituer la meilleure procédure pour régler une question commune :

[TRADUCTION]

- (2) Pour déterminer si le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace, le tribunal tient compte des facteurs applicables et se demande notamment ce qui suit :
- (a) la question de fait ou de droit qui est commune aux membres du groupe l'emporte-t-elle sur celle qui touche uniquement les membres individuels;

- | | |
|--|---|
| <p>(b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;</p> <p>(c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings;</p> <p>(d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient;</p> <p>(e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.</p> | <p>(b) un nombre important de membres du groupe ont-ils véritablement intérêt à poursuivre des instances séparées;</p> <p>(c) le recours collectif comprend-il des demandes qui ont été ou qui font l'objet d'autres instances;</p> <p>(d) les autres modes de règlement sont-ils moins pratiques ou efficaces;</p> <p>(e) la gestion du recours collectif crée-t-elle de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen?</p> |
|--|---|

[137] In *Hollick*, this Court said that preferability must be examined in reference to the three principal aims of the class action regime: “. . . judicial economy, access to justice, and behaviour modification” (para. 27).

[137] Dans l'arrêt *Hollick*, notre Cour confirme que le fait de constituer ou non la meilleure procédure pour régler les questions communes est fonction des trois principaux avantages du recours collectif : « . . . l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements » (par. 27).

[138] Microsoft argues that the lack of commonality between the class members and the abundance of individual issues signifies that a class proceeding will not be a “fair, efficient and manageable method of advancing the claim” as required by *Hollick* (R.F., at para. 84, citing *Hollick*, at para. 28). It argues that the access to justice function of class actions will not be served by certifying the action because it will inevitably break down into numerous individual trials, subjecting the class members to delays. It also argues that the tendency of indirect purchaser action to result in *cy-près* awards — made where it would be impractical to distribute the award to the individual plaintiffs — further frustrates the access to justice aim. As to the objective of behaviour modification, Microsoft contends that it is more properly a concern for the Competition Commissioner and that the procedures that can be initiated by that body are the preferable forum in which to deal with the wrongs alleged in this case.

[138] Selon Microsoft, l'absence de caractéristiques communes aux membres du groupe et le grand nombre de questions individuelles font que le recours collectif n'est pas un moyen [TRADUCTION] « juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance » comme l'exige l'arrêt *Hollick* (m.i., par. 84, citant *Hollick*, par. 28). Elle ajoute que la certification de l'action ne saurait remplir la fonction du recours collectif qui consiste à faciliter l'accès à la justice, car l'action se fragmenterait inévitablement en de nombreux procès individuels, ce qui causerait des retards au détriment des membres du groupe. Microsoft soutient en outre que les actions d'acheteurs indirects donnent généralement lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près (en anglais, « *cy près doctrine* ») — lorsqu'il est irréaliste de distribuer la somme accordée aux demandeurs individuels —, ce qui n'est pas non plus de nature à favoriser l'accès à la justice. En ce qui concerne l'objectif de modifier les comportements, Microsoft soutient qu'il relève plutôt du commissaire de la concurrence et que les instances susceptibles d'être engagées par cet organisme offrent le meilleur moyen de statuer sur les actes fautifs allégués en l'espèce.

[139] I am unable to accept these arguments. In *Hollick*, McLachlin C.J. was of the view that the plaintiff had not satisfied the certification requirements on the grounds that a class proceeding was not the preferable procedure. In that case, she found that the question of whether or not the defendant had unlawfully emitted methane gas and other pollutants was common to all class members. However, as to whether loss could be established on a class-wide basis, she found too many differences among the class members to consider loss a common issue. In other words, while she found that there was a common issue related to the existence of the cause of action, she did not consider the loss-related issues to be common to all the class members. She dismissed the class action on the basis that “[o]nce the common issue is seen in the context of the entire claim, it becomes difficult to say that the resolution of the common issue will significantly advance the action” (para. 32).

[140] In the present case, there are common issues related to the existence of the causes of action, but there are also common issues related to loss to the class members. Unlike *Hollick*, here the loss-related issues can be said to be common because there is an expert methodology that has been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis. If the common issues were to be resolved, they would be determinative of Microsoft’s liability and of whether passing on of the overcharge to the indirect purchasers has occurred. Because such determinations will be essential in order for the class members to recover, it can be said, in this case, that a resolution of the common issues would significantly advance the action. While it is possible that individual issues may arise at the trial of the common issues, it is implicit in the reasons of Myers J. that, at the certification stage, he found the common issues to predominate over issues affecting only individual class members. I would agree. In the circumstances, I would not interfere with his finding that the class action is the preferable procedure.

[139] Je ne puis faire droit à ces prétentions. Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin estime que le demandeur ne satisfait pas aux conditions de certification en ce que le recours collectif ne constitue pas la meilleure procédure. Selon elle, la question de savoir si la défenderesse a émis illégalement du méthane et d’autres polluants est commune à tous les membres du groupe. Sur la question de savoir si la perte peut être établie à l’échelle du groupe, elle conclut cependant que, en raison de différences trop nombreuses entre les membres du groupe, il n’y a pas lieu de voir dans la perte une question commune. En d’autres termes, bien qu’elle conclue que l’existence d’une cause d’action soulève une question commune, la Juge en chef estime que les questions liées à la perte ne sont pas communes à tous les membres du groupe. Elle refuse de certifier le recours collectif au motif que, « [u]ne fois la question commune considérée dans le contexte global de la demande, il devient difficile d’affirmer que le règlement de la question commune fera progresser substantiellement l’instance » (par. 32).

[140] Dans la présente affaire, non seulement l’existence de causes d’action, mais aussi la perte subie par les membres du groupe, constituent des questions communes. Contrairement à l’affaire *Hollick*, on peut dire en l’espèce que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu’une méthode proposée par un expert permettrait assez certainement d’établir la perte à l’échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de Microsoft et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu’il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, on peut soutenir en l’espèce que le règlement des questions communes fera progresser substantiellement l’instance. Bien qu’il soit possible que des questions individuelles soient soulevées à l’audition des questions communes, le juge Myers indique implicitement dans ses motifs que, à l’étape de la certification, les questions communes l’emportent sur les questions qui ne touchent que des membres individuels. Je suis d’accord. Dans les circonstances, je suis d’avis de ne pas modifier sa conclusion portant que le recours collectif constituerait la meilleure procédure pour régler les questions communes.

[141] It is also premature to assume that the award in this case will result in *cy-près* distribution or that the objective of access to justice will be frustrated on this account. Further, while under the *Competition Act* the Competition Commissioner is the primary organ responsible for deterrence and behaviour modification, the Competition Bureau in this case has said that it will not be pursuing any action against Microsoft. Accordingly, if the class action does not proceed, the objectives of deterrence and behaviour modification will not be addressed at all. On this issue, the class action is not only the preferable procedure but the only procedure available to serve these objectives.

(4) Conclusion on the Certification of the Action

[142] I would restore the orders of the applications judges allowing for certification of this action as a class proceeding with the exception that the pleadings based on constructive trust be struck.

V. Conclusion

[143] For the above reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

APPENDIX: Common Issues Certified
by Myers J.

Breach of *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34

- (a) Did the Defendants, or either of them, engage in conduct which is contrary to s. 45 and or s. 52 of the *Competition Act*?
- (b) Are the Class Members entitled to losses or damages pursuant to section 36 of the *Competition Act*, and, if so, in what amount?

[141] De plus, il est trop tôt pour présumer que la réparation accordée en l'espèce donnera lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près ou que, le cas échéant, l'objectif de favoriser l'accès à la justice sera compromis. En outre, bien que, sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, la dissuasion et la modification des comportements relèvent en premier lieu du commissaire de la concurrence, le Bureau de la concurrence a indiqué qu'il ne poursuivrait pas Microsoft dans le présent dossier. Par conséquent, si le recours collectif n'est par certifié, les objectifs de dissuasion et de modification des comportements ne feront l'objet d'aucune mesure. Non seulement le recours collectif constitue la meilleure procédure pour atteindre ces objectifs, mais il est le seul.

(4) Conclusion sur la certification du recours collectif

[142] Je suis d'avis de rétablir les ordonnances des juges saisis des demandes qui font droit à la demande de certification de l'action à titre de recours collectif, sous réserve de la radiation des allégations fondées sur la fiduciaire par interprétation.

V. Conclusion

[143] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant tous les cours.

ANNEXE : Questions communes certifiées
par le juge Myers

[TRADUCTION]

Violation de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34

- a) Les défenderesses ou l'une d'elles se sont-elles livrées à un comportement allant à l'encontre des art. 45 ou 52 de la *Loi sur la concurrence*?
- b) Les membres du groupe ont-ils droit, suivant l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, au recouvrement des pertes ou des dommages subis et, dans l'affirmative, à raison de quel montant?

(c) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?	c) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi de manière globale et, dans l'affirmative, quel est-il?
Conspiracy	Complot
(d) Did the Defendants, or either [of] them, conspire to harm the Class Members?	d) Les défenderesses ou l'une d'elles ont-elles participé à un complot visant à causer un préjudice aux membres du groupe?
(e) Did the Defendants, or either of them, act in furtherance of the conspiracy?	e) Les défenderesses ou l'une d'elles ont-elles agi en vue de la réalisation du complot?
(f) Was the predominant purpose of the conspiracy to harm the Class Members?	f) Le complot visait-il principalement à causer un préjudice aux membres du groupe?
(g) Did the conspiracy involve unlawful acts?	g) Les auteurs du complot ont-ils eu recours à des actes illégaux?
(h) Did the Defendants, or either of them, know that the conspiracy would likely cause injury to the Class Members?	h) Les défenderesses ou l'une d'elles savaient-elles que le complot causerait vraisemblablement un préjudice aux membres du groupe?
(i) Did the Class Members suffer economic loss?	i) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière?
(j) What damages, if any, are payable by the Defendants, or either of them, to the Class Members?	j) Quel est le montant des dommages-intérêts, s'il en est, payables par les défenderesses ou l'une d'elles aux membres du groupe?
(k) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?	k) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?
Tortious Interference with Economic Interests	Atteinte délictuelle aux intérêts financiers
(l) Did the Defendants, or either of them, intend to injure the Class Members?	l) Les défenderesses ou l'une d'elles ont-elles eu l'intention de nuire aux membres du groupe?
(m) Did the Defendants, or either of them, interfere with the economic interests of the Class Members by unlawful or illegal means?	m) Les défenderesses ou l'une d'elles ont-elles porté atteinte aux intérêts financiers des membres du groupe par des moyens illégaux?
(n) Did the Class Members suffer economic loss as a result of the Defendants' interference?	n) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière par suite de cette atteinte?
(o) What damages, if any, are payable by the Defendants, or either of them, to the Class Members?	o) Quel est le montant des dommages-intérêts, s'il en est, payables par les défenderesses ou l'une d'elles aux membres du groupe?
(p) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?	p) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?
Unjust Enrichment, Waiver of Tort and Constructive Trust	Enrichissement sans cause, renonciation au recours délictuel et fiducie par interprétation
(q) Have the Defendants, or either of them, been unjustly enriched by the receipt of an Overcharge? "Overcharge" means the difference	q) Les défenderesses ou l'une d'elles se sont-elles enrichies sans cause par suite d'une majoration? « Majoration » s'entend de la différence entre

between the prices the Defendants actually charged for Microsoft Operating Systems and Microsoft Applications Software in the PC market in Canada and the prices that the Defendants would have been able to charge in the absence of their wrongdoing.

- (r) Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the Overcharge?
- (s) Is there a juridical reason why the Defendants, or either of them, should be entitled to retain the Overcharge?
- (t) What restitution, if any, is payable by the Defendants, or either of them, to the Class Members based on unjust enrichment?
- (u) Should the Defendants, or either of them, be constituted as constructive trustees in favour of the Class Members for the Overcharge?
- (v) What is the quantum of the Overcharge, if any, that the Defendants, or either of them, hold in trust for the Class Members?
- (w) What restitution, if any, is payable by the Defendants to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (x) Are the Defendants, or either of them, liable to account to the Class Members for the wrongful profits, if any, that they obtained on the sale of Microsoft Operating Systems or Microsoft Applications Software to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (y) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

Punitive Damages

- (z) Are the Defendants, or either of them, liable to pay punitive or exemplary damages having regard to the nature of their conduct and if so, in what amount and to whom?

Interest

- (aa) What is the liability, if any, of the Defendants, or either of them, for court order interest?

les prix que les défenderesses ont effectivement exigés pour les systèmes d'exploitation et les logiciels d'application Microsoft sur le marché canadien des ordinateurs personnels et les prix qu'elles auraient pu exiger n'eût été leur comportement fautif.

- r) Les membres du groupe se sont-ils appauvris d'un montant égal à celui de la majoration?
- s) Une cause juridique justifie-t-elle les défenderesses ou l'une d'elles de conserver le fruit de la majoration?
- t) Quelle somme les défenderesses ou l'une d'elles doivent-elles restituer aux membres du groupe, le cas échéant, sur le fondement de l'enrichissement sans cause?
- u) Les défenderesses ou l'une d'elles doivent-elles être constituées fiduciaires par interprétation au bénéfice des membres du groupe quant au montant de la majoration?
- v) À combien se monte la majoration, s'il en est, que les défenderesses ou l'une d'elles détiennent en fiducie pour les membres du groupe?
- w) Quelle somme, s'il en est, les défenderesses doivent-elles restituer aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- x) Les défenderesses ou l'une d'elles sont-elles tenues de comptabiliser à l'intention des membres du groupe les profits illégitimes réalisés, le cas échéant, lorsqu'elles leur ont vendu des systèmes d'exploitation et des logiciels d'application Microsoft, sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- y) Le montant de la restitution peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Dommages-intérêts punitifs

- z) Les défenderesses ou l'une d'elles sont-elles tenues de verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires eu égard à la nature de leur comportement et, dans l'affirmative, quel est ce montant et qui sont les bénéficiaires?

Intérêt

- aa) Quelle obligation, s'il en est, les défenderesses ou l'une d'elles ont-elles de verser l'intérêt dont le paiement est ordonné par la cour?

Distribution of Damages and/or Trust Funds

- (bb) What is the appropriate distribution of damages and/or trust funds and interest to the Class Members and who should pay for the cost of that distribution? [A.R., vol. I, at pp. 167-69]

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellants: Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Toronto; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver and Toronto.

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

Distribution des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie

- bb) Quel est le bon mode de distribution aux membres du groupe des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie et de l'intérêt, et qui doit assumer le coût de cette distribution? [d.a., vol. I, p. 167-169]

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs des appelants : Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs des intimées : McCarthy Tétrault, Toronto; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver et Toronto.

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

**Sun-Rype Products Ltd. and
Wendy Weberg** *Appellants/Respondents on
cross-appeal*

v.

**Archer Daniels Midland Company,
Cargill, Incorporated,
Cerestar USA, Inc., formerly known as
American Maize-Products Company,
Corn Products International, Inc.,
Bestfoods, Inc., formerly known as
CPC International, Inc.,
ADM Agri-Industries Company,
Cargill Limited, Casco Inc. and Unilever PLC
doing business as Unilever Bestfoods
North America** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada and Canadian
Chamber of Commerce** *Interveners*

**INDEXED AS: SUN-RYPE PRODUCTS LTD. v. ARCHER
DANIELS MIDLAND COMPANY**

2013 SCC 58

File No.: 34283.

2012: October 17; 2013: October 31.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Civil procedure — Class actions — Certification —
Direct and indirect purchasers — Plaintiffs allege that
defendants fixed price of high-fructose corn syrup and
overcharged direct purchasers and overcharge was
passed on to indirect purchasers — Whether indirect
purchasers have right to bring action against alleged
overcharger — Whether inclusion of indirect and direct*

**Sun-Rype Products Ltd. et
Wendy Weberg** *Appelantes/Intimées au
pourvoi incident*

c.

**Archer Daniels Midland Company,
Cargill, Incorporated,
Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous
le nom d’American Maize-Products Company,
Corn Products International, Inc.,
Bestfoods, Inc., auparavant connue sous
le nom de CPC International, Inc.,
ADM Agri-Industries Company,
Cargill Limitée, Casco Inc. et
Unilever PLC faisant affaire sous la
dénomination d’Unilever Bestfoods
North America** *Intimées/Appelantes au
pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada et Chambre de
commerce du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SUN-RYPE PRODUCTS LTD.
c. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY**

2013 CSC 58

N° du greffe : 34283.

2012 : 17 octobre; 2013 : 31 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Procédure civile — Recours collectifs — Certification
— Acheteurs directs et indirects — Allégations des
demandereses selon lesquelles le prix du sirop de
maïs à haute teneur en fructose aurait été fixé par les
défenderesses, qui auraient vendu cet édulcorant aux
acheteurs directs à un prix majoré, et la majoration
aurait été transférée aux acheteurs indirects — Les*

purchasers in proposed class warrants dismissing action — Whether case meets certification requirement of having an identifiable class of indirect purchasers — Whether direct purchasers have cause of action in constructive trust — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

The appellants, direct and indirect purchasers, brought a class action alleging that the respondents engaged in an illegal conspiracy to fix the price of high-fructose corn syrup (“HFCS”) resulting in harm to manufacturers, wholesalers, retailers and consumers. HFCS is a sweetener used in various food products, including soft drinks and baked goods. The respondents are the leading producers of HFCS in North America. On the application for certification, it was determined that the pleadings disclosed causes of action for the direct purchasers in constructive trust and for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act*, in tort and in restitution. The action was certified. On appeal, the majority of the court allowed the appeal with respect to the indirect purchasers and held that it was “plain and obvious” that indirect purchasers did not have a cause of action. The appeal with respect to direct purchasers was dismissed. The matter was remitted to the British Columbia Supreme Court to reconsider the certification of the action of the direct purchasers alone. In this Court, the appellants challenge the decision that the indirect purchasers have no cause of action. On cross-appeal, the respondents request dismissal of the direct purchasers’ claim in constructive trust.

Held (Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.: Having decided in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, that indirect purchasers have the right to bring an action, a question in this case is whether the additional challenges that arise where the class is made up of indirect and direct purchasers are sufficient to warrant dismissing the action. The inclusion of indirect and direct purchasers in the proposed class does not

acheteurs indirects ont-ils un droit de recours contre l’auteur présumé de la majoration? — La composition du groupe proposé, formé à la fois d’acheteurs directs et d’acheteurs indirects, justifie-t-elle le rejet du recours? — Est-il satisfait en l’espèce au critère de certification relatif à l’existence d’un groupe identifiable d’acheteurs indirects? — Les acheteurs directs ont-ils un droit de recours en imposition d’une fiducie par interprétation? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

Les appelantes, des acheteurs directs et indirects, ont intenté un recours collectif, faisant valoir que les intimées ont participé à un complot illégal pour fixer le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose (« SMHTF »), ce qui a porté préjudice à des fabricants, grossistes, détaillants et consommateurs. Cet édulcorant entre dans la confection de diverses denrées alimentaires, dont les boissons gazeuses et les produits de boulangerie. Les intimées sont les principaux fabricants de SMHTF en Amérique du Nord. Il a été décidé à l’instruction de la demande de certification que les actes de procédure révèlent des causes d’action, pour les acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, et, pour les acheteurs indirects, en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, en responsabilité délictuelle et en restitution. Le recours collectif a été certifié. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel en ce qui concerne les acheteurs indirects et conclu qu’il était « manifeste » que ces derniers n’avaient aucune cause d’action. L’appel a été rejeté en ce qui concerne les acheteurs directs. L’affaire a été renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour qu’elle réexamine seulement la certification du recours collectif des acheteurs directs. Les appelantes contestent en l’espèce la décision de ne reconnaître aux acheteurs indirects aucune cause d’action. Dans l’appel incident, les intimées sollicitent le rejet de la demande des acheteurs directs visant l’imposition d’une fiducie par interprétation.

Arrêt (les juges Cromwell et Karakatsanis sont dissidents quant au pourvoi) : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Wagner : Puisque la Cour a décidé dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, que les acheteurs indirects ont le droit de se pourvoir en justice, la question à trancher est celle de savoir si les défis supplémentaires que pose un groupe composé à la fois d’acheteurs indirects et d’acheteurs directs sont suffisants pour justifier le rejet du recours. Ce n’est pas le cas.

produce difficulties that would warrant dismissing the action. Where indirect and direct purchasers are included in the same class and the evidence of the experts at the trial of the common issues will determine the aggregate amount of the overcharge, there will be no double or multiple recovery. The court also possesses the power to modify settlement and damage awards in accordance with awards already received in other jurisdictions if the respondents are able to satisfy it that double recovery may occur.

Assuming all facts pleaded to be true, a plaintiff satisfies the requirement that the pleadings disclose a cause of action unless it is plain and obvious that the claim cannot succeed. In relation to the causes of action in restitution for the indirect purchasers, the requirement that there be a direct relationship between the defendant and the plaintiff for a claim in unjust enrichment is not settled. Case law does not appear to necessarily foreclose a claim where the relationship between the parties is indirect. It is not plain and obvious that a claim in unjust enrichment should fail at the certification stage on this ground alone. As to the recognition of passed-on losses — the injury suffered by indirect purchasers is recognized at law as is their right to bring actions to recover for those losses. No insurmountable problem is created by allowing the claims in restitution to be brought. Nor is it plain and obvious that a cause of action for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act* cannot succeed and this cause of action should therefore not be struck out.

A court must certify a proceeding if, among other requirements, there is an identifiable class of two or more persons. The difficulty lies where there is insufficient evidence to show some basis in fact that two or more persons will be able to determine if they are in fact a member of the class. Allowing a class proceeding to go forward without identifying two or more persons who will be able to demonstrate that they have suffered a loss at the hands of the alleged overchargers subverts the purpose of class proceedings, which is to provide a more efficient means of recovery for plaintiffs who have suffered harm but for whom it would be impractical or unaffordable to bring a claim individually. Here, there is no basis in fact to demonstrate that the information necessary to determine class membership is possessed by any of the putative class members. The appellants have not introduced evidence to establish some basis in fact that at least two class members could prove they purchased a product actually containing HFCS during the

Lorsque le groupe est composé d'acheteurs indirects et directs et que la preuve des experts lors de l'examen au fond des questions communes permet d'établir le montant global de la majoration, il n'y a pas de recouvrement double ou multiple. En outre, les tribunaux disposent du pouvoir de modifier un règlement et les dommages-intérêts octroyés en fonction de ceux déjà obtenus dans d'autres ressorts si les intimés réussissent à les convaincre qu'il y a risque de recouvrement double.

À supposer que tous les faits invoqués soient vrais, il est satisfait à l'exigence selon laquelle les actes de procédure doivent révéler une cause d'action à moins qu'il ne soit manifeste que la demande ne peut être accueillie. Quant aux causes d'action en restitution des acheteurs indirects, il n'est pas établi qu'un lien direct entre le défendeur et le demandeur constitue une condition préalable à une action pour enrichissement injustifié. La jurisprudence ne semble pas exclure nécessairement une action opposant des parties unies par un lien indirect. Il n'est pas manifeste qu'une action pour enrichissement injustifié doit être rejetée à l'étape de la certification pour ce seul motif. Quant au transfert de la perte, le préjudice subi par les acheteurs indirects est reconnu en droit, tout comme leur droit d'exercer des recours pour recouvrer le montant de ces pertes. Le fait de permettre la présentation de la demande en restitution ne pose aucun obstacle insurmontable. Il n'est pas manifeste non plus que la cause d'action des acheteurs indirects fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* est vouée à l'échec et, par conséquent, elle ne doit pas être radiée.

Le tribunal doit certifier qu'il s'agit d'un recours collectif s'il existe, notamment, un groupe identifiable de deux personnes ou plus. Or, lorsque la preuve ne permet pas de conclure qu'un certain fondement factuel établit qu'au moins deux personnes sauront si elles appartiennent ou non au groupe, c'est là où le bât blesse. Certifier un recours collectif sans connaître au moins deux personnes qui seront en mesure de prouver les pertes que leur ont fait subir les auteurs présumés de la majoration contrecarre l'objectif des recours collectifs, qui est d'offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs ayant subi un préjudice mais pour qui il serait irréaliste d'exercer un recours individuel ou qui n'ont pas les moyens de le faire. En espèce, aucun fondement factuel ne permet d'établir qu'un seul des membres du groupe proposé dispose des renseignements nécessaires pour déterminer s'il appartient ou non au groupe. Les appelantes n'ont pas établi qu'un certain fondement factuel permet de conclure qu'au moins deux

class period and were therefore identifiable members of the class. The problem in this case lies in the fact that indirect purchasers, even knowing the names of the products affected, will not be able to know whether the particular item that they purchased did in fact contain HFCS. While there may have been indirect purchasers who were harmed by the alleged price-fixing, they cannot self-identify using the proposed definition. The foundation upon which an individual action could be built must be equally present in the class action setting. That foundation is lacking here. In the end, given the finding that an identifiable class cannot be established for the indirect purchasers, the class action as it relates to the indirect purchasers cannot be certified.

With respect to the one cause of action remaining to the direct purchasers, it is determined that the cause of action in constructive trust should fail. Neither the requirement of a proprietary nexus nor the requirement that the constructive trust be imposed only where a monetary remedy was found to be inadequate were met in this case and as such it is plain and obvious that the direct purchaser claim in constructive trust has no chance of succeeding.

Per Cromwell and Karakatsanis JJ. (dissenting on the appeal): In this case, there is some basis in fact to find an identifiable class of two or more persons that includes indirect purchasers.

The requirement that the class be identifiable does not include the requirement that individual members be capable of proving individual loss. The *Class Proceedings Act* (“CPA”) is designed to permit a means of recovery for the benefit of the class as a whole, without proof of individual loss, even where it is difficult to establish class membership. Thus, if no individual seeks an individual remedy, it will not be necessary to prove individual loss. Such class actions permit the disgorgement of unlawful gains and serve not only the purposes of enhanced access to justice and judicial economy, but also the broader purpose of behaviour modification. Further, the aggregate damages provisions in the CPA are tools which are intended to permit access to justice and behaviour modification in cases where liability to the class has been proven but individual membership in the class is difficult or impossible to determine. The legislation explicitly contemplates difficulties or, in some cases, impossibility in self-identification. Such difficulties have not been

membres pourraient démontrer l’achat au cours de la période visée par le recours d’un produit contenant bel et bien du SMHTF, et par le fait même leur appartenance à un groupe identifiable. Le problème en l’espèce tient au fait que les acheteurs indirects ne seront pas en mesure de savoir si l’article qu’ils ont acheté contenait ou non du SMHTF même s’ils connaissent le nom des produits en cause. Bien que la fixation des prix reprochée ait peut-être porté préjudice à des acheteurs indirects, ils ne peuvent démontrer qu’ils font partie du groupe à la lumière de la définition proposée. Le fondement sur lequel reposerait le recours individuel doit pouvoir se transposer au recours collectif. Or, ce fondement fait défaut en l’espèce. En définitive, puisqu’il est conclu à l’impossibilité d’établir l’existence d’un groupe identifiable composé des acheteurs indirects, le recours collectif dans leur cas ne peut être certifié.

Quant aux acheteurs directs, la seule cause d’action qui leur est reconnue, en imposition d’une fiducie par interprétation, doit être rejetée. Il n’est pas satisfait en l’espèce à la condition d’un lien avec un bien, ni à celle voulant que la fiducie par interprétation soit imposée uniquement si une réparation pécuniaire est jugée inadéquate. Il est donc manifeste que la demande des acheteurs directs visant l’imposition de ce type de fiducie est vouée à l’échec.

Les juges Cromwell et Karakatsanis (dissidents quant au pourvoi) : En l’espèce, un certain fondement factuel permet de conclure à l’existence d’un groupe identifiable de deux personnes ou plus auquel appartiennent les acheteurs indirects.

Pour qu’il y ait un groupe identifiable, il ne faut pas que chacun des membres du groupe soit en mesure d’établir une perte individuelle. La *Class Proceedings Act* (la « CPA ») est conçue de manière à donner un recours au groupe dans son ensemble, sans qu’il soit nécessaire de prouver une perte individuelle, même s’il est difficile d’établir l’appartenance au groupe. En conséquence, si personne ne cherche à obtenir une réparation individuelle, il ne sera pas nécessaire de prouver une perte individuelle. De tels recours collectifs permettent la restitution de gains provenant d’activités illégales et répondent non seulement aux objectifs d’accès à la justice et d’économie des ressources judiciaires, mais aussi à l’objectif général de modification des comportements. En outre, les dispositions autorisant l’octroi de dommages-intérêts globaux prévues à la CPA favorisent l’accès à la justice et la modification des comportements dans les cas où la responsabilité envers le groupe a été démontrée, mais où l’appartenance au groupe est difficile ou impossible

considered fatal to authorizations under the *CPA* provided that there is some basis in fact that the class exists. The criteria for membership must be clearly defined — not the ability of a given individual to prove that they meet the criteria. Whether claimants can prove their claim for an individual remedy is a separate issue that need not be resolved at the certification stage.

Here, the record contained an evidentiary basis to establish the existence of the class and to show that the members of the class suffered harm. It may never be necessary or legally required to identify individual class members. The *CPA*, while primarily a procedural statute, also creates a remedy that recognizes that damages to the class as a whole can be proven, even when proof of individual members' damages is impractical, and that is available even if those who are not members of the class can benefit. The statute should be construed generously to give life to its purpose of encouraging judicial economy and access to justice and modifying the behaviour of wrongdoers.

Even though it is not necessary at the certification stage to show that individual class members could stand alone as plaintiffs, this record contains a sufficient evidentiary basis to establish the existence of an identifiable class of two or more persons. Direct purchasers of HFCS used it extensively in products that were sold widely to retailers and to consumers. Given the nature of a price-fixing case, loss flows directly from the purchase of HFCS, or in the case of indirect purchasers, products containing HFCS. Claimants will not have to prove definitively that they purchased a particular product that contained HFCS. It will be sufficient if the trial judge is satisfied, upon expert or other evidence, that an individual claimant probably purchased a product containing it. The requirement that there be an evidentiary foundation — or some basis in fact — to support the certification criteria does not include a preliminary merits test and does not require the plaintiffs to indicate the evidence upon which they will prove these claims. The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action. The appellants in this case have tendered evidence which establishes some basis in fact to show that the proposed class is identifiable and that individual class members may be able to establish individual loss on a balance of

à établir. La loi prévoit expressément la possibilité qu'il soit difficile, voire impossible, pour certaines personnes de s'estimer visées. De telles difficultés n'ont pas été jugées fatales à la certification sous le régime de la *CPA* dans la mesure où l'existence d'un groupe repose sur un certain fondement factuel. Les critères d'appartenance au groupe doivent être clairement définis — et non la faculté d'une personne donnée de prouver qu'elle y satisfait. Que les demandeurs puissent ou non établir le bien-fondé de leur demande de réparation individuelle est une question distincte n'ayant pas à être tranchée à l'étape de la certification.

Le dossier permet de conclure que le groupe existe et que les membres du groupe ont subi un préjudice. Il ne sera peut-être jamais nécessaire ni impératif en droit que les membres individuels du groupe soient connus. La *CPA*, une loi à caractère principalement procédural, crée également une réparation qui reconnaît que les préjudices causés au groupe dans son ensemble peuvent être prouvés, même si la preuve des préjudices individuels est irréaliste, et qui peut être ordonnée même si elle est susceptible de profiter à des non-membres. Cette loi doit être interprétée libéralement pour donner effet à l'objectif du législateur, à savoir favoriser l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification du comportement des malfaiteurs.

Même s'il n'est pas nécessaire à l'étape de la certification d'établir que chacun des membres du groupe aurait la capacité pour agir seul, le dossier en l'espèce étaye suffisamment l'existence d'un groupe identifiable de deux personnes ou plus. Les acheteurs directs de SMHTF ont utilisé largement cet édulcorant dans la confection de produits qui ont été vendus à grande échelle aux détaillants et consommateurs. En matière de fixation des prix, la perte découle directement de l'achat du SMHTF, ou dans le cas des acheteurs indirects, de produits en contenant. Les demandeurs n'auront pas à démontrer, preuves à l'appui, avoir acheté un certain produit contenant du SMHTF. Il suffira que le juge de première instance soit convaincu, à la lumière de la preuve, notamment d'expert, qu'un demandeur donné a probablement acheté un produit contenant l'édulcorant en question. L'exigence que chacun des critères de certification repose sur un certain fondement factuel n'emporte pas d'examen sommaire au fond du recours et n'exige pas l'énumération des éléments à l'appui de la demande. La question à cette étape n'est pas s'il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s'il convient de procéder par recours collectif. En l'espèce, les appelantes ont établi un certain fondement factuel permettant de conclure que le groupe

probabilities. Individual claimants, including indirect purchasers, would be able to self-identify as potential plaintiffs based on knowledge of the products in which HFCS is known to have been commonly used.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, rev'g 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90; **referred to:** *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Option consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), aff'd 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Tracy (Guardian ad litem of) v. Instaloans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351; *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379.

By Karakatsanis J. (dissenting on the appeal)

Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271; *Risorto v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38

proposé est identifiable et que chacun des membres du groupe pourrait être en mesure d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, une perte individuelle. Des demandeurs, dont des acheteurs indirects, pourraient s'estimer membres éventuels s'ils savaient les produits dans la composition desquels il a été reconnu qu'entraîne régulièrement du SMHTF.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt appliqué : *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, inf. 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90; **arrêts mentionnés :** *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), conf. par 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Tracy (Guardian ad litem of) c. Instaloans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *VitaPharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351; *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45; *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379.

Citée par le juge Karakatsanis (dissidente quant au pourvoi)

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271; *Risorto c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38

C.P.C. (6th) 373; *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543; *Ford v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758; *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4(1), 29, 31(1), 34.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 36, Part VI.

Authors Cited

Blynn, Daniel. “Cy Pres Distributions: Ethics & Reform” (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435.
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated May 2013, release 22).
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. I. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Lowry and Frankel J.J.A.), 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, 515 W.A.C. 55, 331 D.L.R. (4th) 631, [2011] B.C.J. No. 689 (QL), 2011 CarswellBC 931, setting aside a decision of Rice J., 2010 BCSC 922, [2010] B.C.J. No. 1308 (QL), 2010 CarswellBC 1749. Appeal dismissed, Cromwell and Karakatsanis J.J. dissenting. Cross-appeal allowed.

J. J. Camp, Q.C., Reidar Mogerman, Melina Buckley and Michael Sobkin, for the appellants/respondents on cross-appeal.

D. Michael Brown, Gregory J. Nash and David K. Yule, for the respondents/appellants on cross-appeal Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company.

J. Kenneth McEwan, Q.C., and Eileen M. Patel, for the respondents/appellants on cross-appeal Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., formerly known as American Maize-Products Company and Cargill Limited.

38 C.P.C. (6th) 373; *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Gilbert c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543; *Ford c. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758; *Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1), 29, 31(1), 34.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 36, partie VI.

Doctrine et autres documents cités

Blynn, Daniel. « Cy Pres Distributions : Ethics & Reform » (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435.
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated May 2013, release 22).
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. I. Toronto : Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Lowry et Frankel), 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, 515 W.A.C. 55, 331 D.L.R. (4th) 631, [2011] B.C.J. No. 689 (QL), 2011 CarswellBC 931, qui a infirmé une décision du juge Rice, 2010 BCSC 922, [2010] B.C.J. No. 1308 (QL), 2010 CarswellBC 1749. Pourvoi rejeté, les juges Cromwell et Karakatsanis sont dissidents. Pourvoi incident accueilli.

J. J. Camp, c.r., Reidar Mogerman, Melina Buckley et Michael Sobkin, pour les appelantes/intimées au pourvoi incident.

D. Michael Brown, Gregory J. Nash et David K. Yule, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Archer Daniels Midland Company et ADM Agri-Industries Company.

J. Kenneth McEwan, c.r., et Eileen M. Patel, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous le nom d’American Maize-Products Company et Cargill Limitée.

Stephen R. Schachter, Q.C., Geoffrey B. Gomery, Q.C., and Peter R. Senkpiel, for the respondents/appellants on cross-appeal Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., formerly known as CPC International, Inc., Casco Inc. and Unilever PLC doing business as Unilever Bestfoods North America.

John S. Tyhurst, for the intervener the Attorney General of Canada.

Davit D. Akman and Adam Fanaki, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
Reasons of Rothstein J.	
I. Introduction	1
II. Background.....	4
III. Summary of the Proceedings Below	6
A. Commencement of the Action	6
B. Pre-certification Motion to Strike.....	7
C. Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court	8
D. Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal.....	10
IV. Analysis	13
A. Indirect Purchaser Actions (the “Passing On” Issue).....	16

Stephen R. Schachter, c.r., Geoffrey B. Gomery, c.r., et Peter R. Senkpiel, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., auparavant connue sous le nom de CPC International, Inc., Casco Inc. et Unilever PLC faisant affaire sous la dénomination d’Unilever Bestfoods North America.

John S. Tyhurst, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Davit D. Akman et Adam Fanaki, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
Motifs du juge Rothstein	
I. Introduction	1
II. Contexte.....	4
III. Résumé des instances devant les juridictions inférieures	6
A. Genèse de l’instance	6
B. Requête en radiation présentée avant la certification du recours collectif	7
C. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique	8
D. Appel de la certification à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique	10
IV. Analyse	13
A. Recours collectif intenté par les acheteurs indirects (la question du « transfert de la perte »).....	16

(1) Double or Multiple Recovery as Between Indirect and Direct Purchasers.....	17	(1) Recouvrement double ou multiple par les acheteurs indirects et les acheteurs directs	17
(2) Over-Recovery as Between Jurisdictions.....	21	(2) Trop-perçu découlant de recours exercés dans plusieurs ressorts	21
(3) Restitutionary Law Principles	22	(3) Principes du droit de la restitution.....	22
(4) Deterrence and Compensation	24	(4) Dissuasion et indemnisation	24
B. The Certification of the Class Action	28	B. La certification du recours collectif.....	28
(1) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?	31	(1) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d'action?.....	31
(a) Restitution — Indirect Purchasers	33	a) Restitution — Acheteurs indirects	33
(b) Constructive Trust — Direct Purchasers	39	b) Fiducie par interprétation — Acheteurs directs	39
(c) Section 36 of the <i>Competition Act</i> — Indirect Purchasers.....	42	c) Article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i> — Acheteurs indirects	42
(i) Passed-On Losses Recognized at Law	42	(i) Transfert de la perte reconnu en droit.....	42
(ii) Jurisdiction Over Extraterritorial Conduct.....	44	(ii) Compétence sur les actes commis à l'étranger	44
(2) Are There Common Issues?	48	(2) Existe-t-il une question commune?	48
(3) Is There an Identifiable Class?	52	(3) Existe-t-il un groupe identifiable?	52
(4) Conclusion on Identifiable Class	77	(4) Conclusion sur la question du groupe identifiable.....	77
V. Conclusion.....	80	V. Conclusion.....	80

Reasons of Karakatsanis J.

I. Overview	81
II. Class Requirements — General Principles	89
III. Application to This Case	92
A. The Record and Position of the Parties	92
B. Class Identification Does Not Require That Individual Class Members Can Prove Individual Loss	96
C. Some Basis in Fact to Show That Individuals Could Prove Personal Loss/Class Members Are Identifiable	110
IV. Conclusion	121

APPENDIX: Common Issues Certified by Rice J.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] In price-fixing cases, indirect purchasers are customers who did not purchase a product directly from the alleged price-fixers/overchargers but who purchased it indirectly from a party further down the chain of distribution. Those who say indirect purchasers should not be able to bring actions against their alleged overchargers cite complexities in tracing the overcharge, risks of

Motifs de la juge Karakatsanis

I. Aperçu	81
II. Conditions préalables à la reconnaissance du groupe — principes généraux	89
III. Application à la présente affaire	92
A. Le dossier et la position des parties	92
B. La détermination de l'appartenance au groupe n'exige pas que chacun des membres soit en mesure d'établir une perte individuelle	96
C. Un certain fondement factuel permet d'établir que chacun des membres pourrait prouver une perte individuelle et donc que l'appartenance au groupe est déterminable	110
IV. Conclusion	121

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Rice

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Dans les affaires de fixation des prix, l'acheteur indirect est celui qui s'est procuré un produit, non pas directement auprès de la personne à qui on reproche d'en avoir fixé le prix (l'auteur de la majoration), mais auprès d'une partie intervenant à une autre étape de la chaîne de distribution. Les personnes qui préconisent l'irrecevabilité au Canada des recours des acheteurs indirects contre l'auteur

double or multiple recovery and failure to deter anti-competitive behaviour as reasons why they should not be permitted in Canada. These were some of the issues before the Court in the companion case of *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (“*Pro-Sys*”). In that case, a proposed indirect purchaser class action, those arguments were found to be insufficient bases upon which to deny indirect purchasers the right to bring an action against the alleged overcharger.

[2] In this case, both the indirect and direct purchasers are class members. Having decided in *Pro-Sys* that indirect purchasers have the right to bring an action, a question in this case is whether the additional challenges that arise where the class is made up of indirect and direct purchasers are sufficient to warrant dismissing the action. If the Court finds that the action may proceed, it must then consider whether the class action should have been certified by the applications judge.

[3] For the reasons that follow, I would find that the inclusion of indirect and direct purchasers in the proposed class does not produce difficulties that would warrant dismissing the action. However, I find this case cannot meet the certification requirements because there is not an identifiable class of indirect purchasers as required for certification under the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“*CPA*”). I would dismiss the appeal on that basis. The case of the direct purchasers, which is restricted to constructive trust, is dismissed as I find there is no cause of action. The cross-appeal is therefore allowed.

II. Background

[4] Sun-Rype Products Ltd., a juice manufacturer, is the direct purchaser representative plaintiff and Wendy Bredin (formerly Wendy Weberg) is the indirect purchaser representative plaintiff in

de la majoration invoquent la difficulté de suivre la majoration d’un maillon à l’autre de cette chaîne, le risque de recouvrement double ou multiple et l’omission de décourager le comportement anticoncurrentiel comme autant de raisons justifiant leur argument. Il s’agit de certaines des questions dont est saisie la Cour dans l’affaire connexe *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (« *Pro-Sys* »). Dans cette dernière, un recours collectif projeté formé par des acheteurs indirects, les arguments mentionnés précédemment ont été jugés insuffisants pour refuser à ces acheteurs le droit de poursuivre en justice l’auteur présumé de la majoration.

[2] En l’espèce, le groupe est formé à la fois des acheteurs indirects et des acheteurs directs. Puisque la Cour a décidé dans *Pro-Sys* que les acheteurs indirects ont le droit de se pourvoir en justice, la question à trancher est celle de savoir si les défis supplémentaires que pose un groupe composé à la fois d’acheteurs indirects et d’acheteurs directs sont suffisants pour justifier le rejet du recours. Si la Cour conclut que le recours collectif peut suivre son cours, elle doit alors se demander si le juge saisi de la demande aurait dû le certifier ou non.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, j’estime que la composition du groupe projeté — formé d’acheteurs indirects et directs — n’engendre pas de difficultés justifiant le rejet du recours collectif. Par contre, je conclus que la présente instance ne respecte pas les critères de certification prévus à la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (la « *CPA* »), de la Colombie-Britannique, vu l’absence de groupe identifiable d’acheteurs indirects. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour cette raison. L’unique action des acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, est rejetée, faute de cause d’action. Par conséquent, l’appel incident est accueilli.

II. Contexte

[4] Sun-Rype Products Ltd., un fabricant de jus, est la demanderesse-représentante des acheteurs directs, et Wendy Bredin (auparavant Weberg) remplit le même rôle au nom des acheteurs indirects en

this action. The representative plaintiffs (referred to collectively as the “appellants”), brought the class action pursuant to the *CPA*. They allege that Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company (the “ADM respondents”), Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., formerly known as American Maize-Products Company, and Cargill Limited (the “Cargill respondents”), and Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., formerly known as CPC International, Inc., Casco Inc. and Unilever PLC doing business as Unilever Bestfoods North America (the “Casco respondents”) (collectively, the “respondents”), engaged in an illegal conspiracy to fix the price of high-fructose corn syrup (“HFCS”) resulting in harm to manufacturers, wholesalers, retailers and consumers.

[5] HFCS is a sweetener used in various food products, including soft drinks and baked goods. The respondents are the leading producers of HFCS in North America. The appellants claim that between January 1, 1988 and June 30, 1995, the respondents engaged in an “intentional, secret and illegal conspiracy to fix the price of HFCS”, which allowed them to charge the class members more for HFCS than they would have charged but for the alleged illegal conduct (A.F., at paras. 9 and 11).

III. Summary of the Proceedings Below

A. *Commencement of the Action*

[6] The appellants commenced this class action in June 2005 on behalf of “all persons resident in British Columbia and elsewhere in Canada who purchased HFCS or products containing HFCS manufactured by the [respondents] (collectively, the ‘class’) from January 1, 1988 to June 30, 1995 (the ‘Class Period’)” (2010 BCSC 922 (CanLII), at para. 2). It alleged the following causes of action (*ibid.*, at para. 27):

l’espèce. Les demanderesse-représentantes (collectivement les « appelantes ») ont intenté le recours collectif en vertu de la *CPA*. Selon elles, Archer Daniels Midland Company et ADM Agri-Industries Company (les « intimées ADM »), Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous le nom d’American Maize-Products Company et Cargill Limitée (les « intimées Cargill ») ainsi que Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., auparavant connue sous le nom de CPC International, Inc., Casco Inc. et Unilever PLC, faisant affaire sous la dénomination d’Unilever Bestfoods North America (les « intimées Casco ») (collectivement les « intimées »), ont participé à un complot illégal pour fixer le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose (« SMHTF »), ce qui a porté préjudice à des fabricants, grossistes, détaillants et consommateurs.

[5] Le SMHTF est un édulcorant utilisé dans la fabrication de diverses denrées alimentaires, dont les boissons gazeuses et les produits de boulangerie. Les intimées sont les principaux fabricants de SMHTF en Amérique du Nord. Les appelantes prétendent que, du 1^{er} janvier 1988 au 30 juin 1995, les intimées ont participé à un [TRADUCTION] « complot intentionnel, secret et illégal en vue de fixer le prix du SMHTF », ce qui leur a permis de faire payer aux membres du groupe un prix plus élevé pour le SMHTF que celui qu’elles auraient établi, n’eussent été les actes illégaux qu’on leur reproche (m.a., par. 9 et 11).

III. Résumé des instances devant les juridictions inférieures

A. *Genèse de l’instance*

[6] Les appelantes ont intenté le recours collectif en juin 2005 au nom de [TRADUCTION] « tous les résidents de la Colombie-Britannique et d’ailleurs au Canada qui ont acheté du SMHTF fabriqué par les [intimées] ou des produits en contenant (collectivement le “groupe”) entre le 1^{er} janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la “période visée par le recours”) » (2010 BCSC 922 (CanLII), par. 2). Le groupe a fait valoir les causes d’action suivantes (*ibid.*, par. 27) :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> a) contravention of s. 45(1) of Part VI of the <i>Competition Act</i> giving rise to a right of damages under s. 36(1) of that Act; b) tortious conspiracy and intentional interference with economic interests; c) unjust enrichment, waiver of tort and constructive trust; and d) punitive damages. | <ul style="list-style-type: none"> a) infraction au par. 45(1) de la partie VI de la <i>Loi sur la concurrence</i> ouvrant droit à des dommages-intérêts au titre du par. 36(1) de cette loi; b) délit civil de complot et atteinte intentionnelle à des intérêts financiers; c) enrichissement injustifié, renonciation à un recours délictuel et fiducie par interprétation; d) dommages-intérêts punitifs. |
|---|---|

B. *Pre-certification Motion to Strike*

[7] The respondents brought a pre-certification motion to strike the appellants' claims on the basis that they were statute-barred. In an order dated May 10, 2007, the motions judge only allowed the claim for a remedial constructive trust because it was subject to a longer (10-year) limitation period than the other claims (2007 BCSC 640, 72 B.C.L.R. (4th) 163). The respondents appealed the order to the British Columbia Court of Appeal ("B.C.C.A.") and the appellants cross-appealed (2008 BCCA 278, 81 B.C.L.R. (4th) 199). The result was that the B.C.C.A. found that the direct purchaser representative plaintiff, Sun-Rype, could maintain only its cause of action in remedial constructive trust and that all of its claims for damages, including damages under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, were statute-barred. As to the indirect purchaser representative plaintiff, Wendy Bredin, the B.C.C.A. found that she could maintain all of her causes of action because the limitation period on her claims did not begin until "she received the telephone call from her lawyer advising her of the proposed class action" (para. 138).

B. *Requête en radiation présentée avant la certification du recours collectif*

[7] Avant la certification du recours collectif, les intimées ont présenté une requête en radiation des demandes des appelantes pour cause de prescription. Par ordonnance datée du 10 mai 2007, le juge des requêtes a accueilli uniquement la demande relative à l'imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation parce qu'elle était assujettie à un délai de prescription plus long (10 ans) que les autres (2007 BCSC 640, 72 B.C.L.R. (4th) 163). Les intimées ont interjeté appel de l'ordonnance à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (« C.A.C.-B. »), et les appelantes ont formé un appel incident (2008 BCCA 278, 81 B.C.L.R. (4th) 199). La Cour d'appel a conclu que la demanderesse-représentante des acheteurs directs, Sun-Rype, pouvait maintenir uniquement sa demande en imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation, et que ses demandes en dommages-intérêts, notamment celles présentées en vertu de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, étaient prescrites. Quant à la demanderesse-représentante des acheteurs indirects, Wendy Bredin, la Cour d'appel a conclu qu'elle pouvait continuer à faire valoir toutes ses causes d'action parce que le délai de prescription applicable à ses demandes n'avait commencé à courir qu'au moment où [TRADUCTION] « elle a reçu l'appel de son avocat qui l'a avisée de l'existence du recours collectif projeté » (par. 138).

C. *Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court, 2010 BCSC 922 (CanLII)*

[8] The British Columbia Supreme Court (“B.C.S.C.”) dealt with the appellants’ application for certification by its decision dated June 30, 2010. As to the issue of whether indirect purchasers could bring actions against their alleged overchargers, Rice J. found that it was “not plain and obvious” that indirect purchaser claims were unavailable as a matter of law in Canada (para. 58).

[9] Rice J. then addressed the requirement under s. 4(1)(a) of the *CPA* that the pleadings disclose a cause of action. Excluding the portions of the claim struck by the pre-certification decision on the limitation periods, Rice J. found that the pleadings disclosed causes of action for the direct purchasers in constructive trust and for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act*, in tort and in restitution. Rice J. also found that the remaining certification requirements, namely (i) whether there were common issues; (ii) whether there was an identifiable class; (iii) whether the class action was the preferable procedure; and (iv) whether Sun-Rype and Wendy Bredin could adequately represent the class, were met. He certified the action identifying common issues relating to the indirect purchasers’ claims seeking statutory, common law and equitable damages and restitution based on allegations that the respondents engaged in an international and unlawful conspiracy to fix the price of HFCS during the class period. The common issues certified by Rice J. are listed in the appendix to these reasons.

D. *Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55*

[10] The majority of the B.C.C.A. (*per* Lowry J.A., Frankel J.A. concurring) held that it was “plain and obvious” that indirect purchasers did not have

C. *Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 922 (CanLII)*

[8] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (« C.S.C.-B. ») tranche la demande des appelantes visant la certification d’un recours collectif le 30 juin 2010. Pour ce qui est de savoir si les acheteurs indirects peuvent poursuivre l’auteur présumé de la majoration, le juge Rice conclut qu’il [TRADUCTION] « n’est pas manifeste » que les demandes d’acheteurs indirects sont irrecevables en droit au Canada (par. 58).

[9] Le juge Rice analyse ensuite la condition prévue à l’al. 4(1)(a) de la *CPA* voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Faisant fi des éléments de l’action radiés par suite de la décision sur les délais de prescription rendue avant la certification du recours collectif, le juge Rice arrive à la conclusion que les actes de procédure révèlent des causes d’action, pour les acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, et pour les acheteurs indirects, en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, en responsabilité délictuelle et en restitution. Selon lui, les autres conditions de certification d’un recours collectif sont réunies, à savoir i) l’existence d’une question commune; ii) l’existence d’un groupe identifiable; iii) le recours collectif est la meilleure procédure; iv) Sun-Rype et Wendy Bredin peuvent représenter le groupe de manière appropriée. Il certifie le recours collectif, sur la foi d’allégations de complot international et illégal par les intimées en vue de fixer le prix du SMHTF au cours de la période visée par le recours, et détermine les questions communes des acheteurs indirects intéressant leurs demandes en restitution et en dommages-intérêts légaux, de common law et d’equity. Les questions communes certifiées par le juge Rice sont énumérées à l’annexe.

D. *Appel de la certification à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55*

[10] Les juges majoritaires de la C.A.C.-B. (le juge Lowry, avec l’accord du juge Frankel) concluent qu’il est [TRADUCTION] « manifeste » que les

a cause of action (para. 97). The majority reached this conclusion for the same reasons as in its decision in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.*, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90: it held that the rejection of the passing-on defence in Canada carried as its necessary corollary a corresponding rejection of the offensive use of passing on in the form of an indirect purchaser action. The majority found Canadian law “to be consistent with American federal law as established by the Supreme Court of the United States in *Hanover Shoe . . . and Illinois Brick*” (*Pro-Sys* (C.A.), at para. 74).

[11] With respect to the indirect purchasers, the majority allowed the appeal and found that the pleadings did not disclose a cause of action on their part (para. 98). However, with respect to direct purchasers, the majority found that the appeal should be dismissed (para. 74). The B.C.C.A. set aside the certification order of Rice J. and remitted the matter to the B.C.S.C. to reconsider the certification of the action of the direct purchasers alone.

[12] Donald J.A., dissenting, as he did in *Pro-Sys*, would have found that indirect purchaser actions were permitted as a matter of law in Canada and would have certified the action for both direct and indirect purchasers, finding that all of the requirements in s. 4(1) of the *CPA* were met.

IV. Analysis

[13] This appeal was brought concurrently with the appeal in the companion case of *Pro-Sys*. Counsel for the appellants are the same in both cases, and the appellants in this case rely heavily on the appellants’ submissions in *Pro-Sys* to support their arguments. In view of the significant overlap in issues, these reasons will frequently refer to the reasons in *Pro-Sys*.

[14] In this Court, the three groups of respondents filed separate factums. However, each adopts the pleadings of the others in the appeal and the cross-appeal. In the appeal, the respondents argue first

acheteurs indirects n’ont aucune cause d’action (par. 97). Ils parviennent à cette conclusion pour les mêmes motifs que dans leur arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corp.*, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90 : selon eux, le rejet de la défense de transfert de la perte au Canada emporte nécessairement le rejet du transfert de la perte comme cause d’action, c’est-à-dire de l’action intentée par les acheteurs indirects. Les juges majoritaires estiment que le droit canadien [TRADUCTION] « s’accorde avec le droit fédéral américain, tel qu’il a été établi par la Cour suprême des États-Unis dans *Hanover Shoe* [. . .] et *Illinois Brick* » (*Pro-Sys* (C.A.), par. 74).

[11] Quant aux acheteurs indirects, les juges majoritaires accueillent l’appel et concluent que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d’action (par. 98). Quant aux acheteurs directs cependant, les juges majoritaires sont d’avis de rejeter l’appel (par. 74). Ils annulent l’ordonnance de certification du juge Rice et renvoient l’affaire à la C.S.C.-B. pour qu’elle réexamine seulement la certification du recours collectif des acheteurs directs.

[12] Le juge Donald, dissident en l’espèce tout comme il l’est dans *Pro-Sys*, estime que les recours des acheteurs indirects sont recevables en droit au Canada, et il est d’avis de certifier le recours collectif des acheteurs directs et des acheteurs indirects, estimant que toutes les conditions prévues au par. 4(1) de la *CPA* sont réunies.

IV. Analyse

[13] Le présent pourvoi a été interjeté en même temps que celui dans l’affaire connexe *Pro-Sys*. Les avocats des appelants sont les mêmes dans ces deux dossiers, et les appelantes en l’espèce fondent en bonne partie leurs arguments sur ceux des appelants dans *Pro-Sys*. Vu l’important chevauchement des questions, les présents motifs renvoient souvent à ceux de l’arrêt *Pro-Sys*.

[14] Les trois groupes d’intimées ont déposé des mémoires distincts à la Cour, mais chacun de ces groupes fait siens les actes de procédure des autres dans l’appel et l’appel incident. En appel,

and foremost that indirect purchasers do not have a cause of action. They also argue that the class action should be decertified in respect of the indirect purchasers because the class is not identifiable as required by s. 4(1)(b) of the *CPA*. On the cross-appeal, the respondents request dismissal of the direct purchasers' claim in constructive trust on the grounds that the elements required to establish a constructive trust are not present. They also seek decertification of the class action on the basis that Rice J. applied the wrong standard of proof in his analysis of the certification requirements.

[15] As indicated, I am unable to find an identifiable class as it relates to the indirect purchasers and would dismiss the appeal on that basis. Nonetheless, for completeness, the various arguments presented in this case are assessed below. I turn first to the indirect purchaser question and then consider the arguments pertaining to the certification of the class action.

A. *Indirect Purchaser Actions (the “Passing On” Issue)*

[16] The appellants largely adopt the submissions of Pro-Sys Consultants Ltd. on the passing-on issue. As the offensive use of passing on has been analysed in the reasons in *Pro-Sys*, it is unnecessary to repeat it in its entirety here. I add only the following to address the differences that arise with regard to passing on where indirect purchasers and direct purchasers are part of the same class.

(1) Double or Multiple Recovery as Between Indirect and Direct Purchasers

[17] The respondents argue that the “fundamental difficulty with the case of the indirect purchasers is that they seek recovery of amounts to which the direct purchasers have a valid claim, such that,

les intimées soutiennent d’abord et avant tout que les acheteurs indirects sont dépourvus de cause d’action. Elles ajoutent qu’il faut annuler la certification du recours collectif à l’égard des acheteurs indirects parce qu’ils ne forment pas un groupe identifiable, comme l’exige l’al. 4(1)(b) de la *CPA*. Dans l’appel incident, elles sollicitent le rejet de la demande des acheteurs directs visant l’imposition d’une fiducie par interprétation, plaidant l’absence des éléments requis pour l’établir. Elles sollicitent également l’annulation de la certification du recours collectif parce que le juge Rice aurait appliqué la mauvaise norme de preuve dans son analyse des conditions de certification.

[15] Comme je le mentionne précédemment, selon moi les acheteurs indirects ne forment pas un groupe identifiable, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour cette raison. Néanmoins, par souci d’exhaustivité, j’analyse les divers arguments avancés dans la présente affaire. Je me penche sur la question des acheteurs indirects avant d’examiner les arguments relatifs à la certification du recours collectif.

A. *Recours collectif intenté par les acheteurs indirects (la question du « transfert de la perte »)*

[16] Les appelantes souscrivent en bonne partie aux arguments de Pro-Sys Consultants Ltd. sur la question du transfert de la perte. Vu que le transfert de la perte comme cause d’action a été analysé dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*, point n’est besoin de refaire toute cette analyse. Je n’ajoute les remarques suivantes que dans la mesure où elles sont nécessaires pour traiter des distinctions engendrées lorsque le groupe est composé à la fois d’acheteurs indirects et directs.

(1) Recouvrement double ou multiple par les acheteurs indirects et les acheteurs directs

[17] Les intimées font valoir que la [TRADUCTION] « difficulté fondamentale que présente le dossier des acheteurs indirects tient à ce qu’ils cherchent à obtenir le recouvrement de sommes d’argent que

to recognize the claim of the indirect purchasers would be to recognize an overlapping claim to the same amount and the prospect of double recovery” (Cargill factum, at para. 54). They argue that, because the passing-on defence has been rejected in Canada, the direct purchasers are entitled to 100 percent of the amount of the overcharge. Consequently they say that indirect purchasers “make a duplicative and overlapping claim to an overcharge to which the direct purchasers are entitled based on settled principles” (para. 61).

[18] For the reasons given in the *Pro-Sys* appeal, this argument is insufficient to deny indirect purchasers the right to be included in the class action. I agree with Rice J. that, by including both direct and indirect purchasers in the class and by using economic methodologies to ascertain the aggregate amount of the loss, there will be no over-recovery from the respondents (B.C.S.C., at para. 53).

[19] In this case, the appellants seek recovery of a defined sum equal to the aggregate of the overcharge. Where indirect and direct purchasers are included in the same class and the evidence of the experts at the trial of the common issues will determine the aggregate amount of the overcharge, there will be no double or multiple recovery. Recovery is limited to that aggregate amount, no matter how it is ultimately shared by the direct and indirect purchasers. This was the view of the B.C.C.A. in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (“*Infineon*”), at para. 78, and of the Quebec Court of Appeal in *Option consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), at para. 114. The appeal of the latter decision was heard together with *Pro-Sys* and this case. See *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600.

les acheteurs directs peuvent valablement réclamer. Ainsi, en reconnaissant le droit d’action des acheteurs indirects, on reconnaît un autre droit d’action sur une somme d’argent unique et la possibilité d’un recouvrement double » (mémoire de Cargill, par. 54). Selon elles, comme la défense de transfert de la perte a été écartée au Canada, les acheteurs directs ont le droit de recouvrer la totalité de la majoration. Elles disent donc que la demande des acheteurs indirects en recouvrement du montant de la majoration « télescope celle des acheteurs directs, qui y ont droit en vertu de principes établis » (par. 61).

[18] Pour les motifs exposés dans *Pro-Sys*, cet argument ne suffit pas à refuser aux acheteurs indirects le droit de participer au recours collectif. Je conviens avec le juge Rice que si le groupe est formé des acheteurs directs et des acheteurs indirects et si des méthodes économiques servent à établir le montant global de la perte, les intimées ne seront pas tenues de verser une indemnité supérieure au montant global de la majoration (C.S.C.-B., par. 53).

[19] Dans la présente affaire, les appelantes demandent le recouvrement d’une somme précise équivalente au montant global de la majoration. Lorsque le groupe est composé d’acheteurs indirects et directs et que le témoignage des experts lors de l’examen au procès des questions communes permet d’établir le montant global de la majoration, il n’y a pas de recouvrement double ou multiple. Le recouvrement intégral est limité à cette somme, peu importe comment elle sera finalement répartie entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects. C’est l’avis exprimé par la C.A.C.-B. dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (« *Infineon* »), par. 78, et par la Cour d’appel du Québec dans *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), par. 114. L’appel dans cette dernière affaire a été entendu en même temps que celui dans l’affaire *Pro-Sys* et le présent pourvoi. Voir *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600.

[20] To the extent that there is conflict between the class members as to how the aggregate amount is to be distributed upon the awarding of a settlement or upon a successful action, this is not a concern of the respondents and is not a basis for denying indirect purchasers the right to be included in the class action.

(2) Over-Recovery as Between Jurisdictions

[21] In addition to concern of double recovery as between indirect and direct purchasers, the respondents also express concerns of over-recovery arising from actions in the U.S. Specifically, the respondents state that in the U.S., direct purchasers of HFCS have already reached a settlement with the respondents for the entire overcharge. They claim that if the rights of the indirect purchasers to bring an action are recognized in Canada, this will create “overlapping claims to the same loss between direct purchasers in the U.S. and indirect purchasers in British Columbia” (Cargill factum, at para. 71). As stated in the *Pro-Sys* reasons, the court is equipped to deal with these risks. The court possesses the power to modify settlement and damage awards in accordance with awards already received by plaintiffs in other jurisdictions if the respondents are able to satisfy it that double recovery may occur. If the respondents adduce relevant evidence, the court will be able to ensure that double recovery does not occur.

(3) Restitutionary Law Principles

[22] The majority of the B.C.C.A. rejected the offensive use of passing on based on the theory that once the passing-on *defence* is rejected, the direct purchasers would be entitled to the whole amount by which they were overcharged:

. . . I am unable to see why the [direct purchasers] would not as a matter of law be entitled to the whole of the amount they overpaid regardless of any amount that may

[20] Même si les membres du groupe ne s’entendaient pas sur la répartition de la somme globale dans l’éventualité d’un règlement ou d’un gain de cause, ce problème ne regarde pas les intimées et ne justifie pas que l’on refuse aux acheteurs indirects le droit de participer au recours collectif.

(2) Trop-perçu découlant de recours exercés dans plusieurs ressorts

[21] En plus du recouvrement double par les acheteurs indirects d’une part et les acheteurs directs d’autre part, les intimées disent craindre un trop-perçu résultant de la combinaison du présent recours et de ceux exercés aux États-Unis. Plus précisément, les intimées affirment que les acheteurs directs américains ont déjà conclu un règlement avec elles à propos du montant intégral de la majoration. Elles prétendent que, si le droit des acheteurs indirects d’exercer un recours est reconnu au Canada, [TRADUCTION] « les demandes des acheteurs indirects de la Colombie-Britannique télescoperont celles des acheteurs directs américains à l’égard de la même perte » (mémoire de Cargill, par. 71). Comme il est mentionné dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*, les tribunaux peuvent gérer ces risques. Ils disposent du pouvoir de modifier un règlement et les dommages-intérêts octroyés en fonction de ceux déjà obtenus par les demandeurs dans d’autres ressorts si les intimés réussissent à leur prouver qu’il y a risque de recouvrement double. Si les intimés présentent des éléments de preuve pertinents à cet égard, le tribunal sera en mesure de leur éviter pareille situation.

(3) Principes du droit de la restitution

[22] Les juges majoritaires de la C.A.C.-B. ont refusé le transfert de la perte comme cause d’action suivant le principe que dès lors que cette *défense* est rejetée, les acheteurs directs ont droit au recouvrement intégral du montant de la majoration :

[TRADUCTION] . . . je n’arrive pas à voir pourquoi en droit les [acheteurs directs] ne pourraient pas recouvrer l’intégralité du montant de la majoration, peu importe

have been passed on to the [indirect purchasers] in the same way they would if they were the only plaintiffs in the action. Anything less would serve to disadvantage them because of the nature of the proceedings such that they would be deprived of what they would legally be entitled to recover. [para. 84]

[23] I would agree that absent an action by indirect purchasers or absent the inclusion of indirect purchasers in the action, the direct purchasers would be able to recover the entire amount of the overcharge because the overcharger would be unable to invoke the passing-on defence. However, this is not the same as saying the direct purchasers are *entitled* to the entire amount of the overcharge. The disgorgement of amounts obtained through wrongdoing is one of the fundamental principles of restitutionary law (P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), vol. I, at p. 3-1). Restitutionary law is “a tool of corrective justice” that seeks to take money away from the party who has unjustly taken it and return it to the party who unjustly lost it (*Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at paras. 32 and 47). While a defendant cannot invoke the passing-on defence, the direct purchasers cannot deny that they have passed on the overcharge to the indirect purchasers. Where indirect purchasers are able to demonstrate that overcharges were passed on to them, they are entitled to claim those overcharges.

(4) Deterrence and Compensation

[24] As part of their argument that indirect purchaser actions should not be allowed, the respondents make much of the fact that in many other price-fixing cases in Canada, awards to indirect purchasers have been disbursed in the form of *cy-près* payments because the amounts in question were so small as to make identification of and distribution to each individual class member impractical. They claim that *cy-près* distributions do not advance the deterrence objective of the Canadian competition laws because any deterrence function could be achieved to an equal extent by a claim made solely by direct purchasers. They also argue

le surcoût potentiellement transféré aux [acheteurs indirects], comme s'ils étaient les seuls demandeurs. Leur accorder moins les défavoriserait compte tenu de la nature de l'instance, de sorte qu'ils seraient privés de ce qu'ils sont en droit de recouvrer. [par. 84]

[23] Je conviens que, si les acheteurs indirects n'exercent aucun recours, seuls ou avec les acheteurs directs, ces derniers seraient à même de recouvrer le montant intégral de la majoration vu l'impossibilité pour l'auteur de cette dernière d'invoquer le transfert de la perte en défense. Or, cela ne revient pas à dire que les acheteurs directs ont *droit* à l'intégralité de cette somme d'argent. La remise des biens mal acquis constitue l'une des pierres angulaires du droit de la restitution (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. à feuilles mobiles), vol. I, p. 3-1). Le droit de la restitution constitue « un outil de la justice corrective » qui cherche à reprendre à la partie qui a acquis injustement des fonds pour les rendre à celle qui les a perdus injustement (*Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 32 et 47). Si un défendeur ne peut invoquer le transfert de la perte en défense, les acheteurs directs ne peuvent nier avoir refilé la majoration aux acheteurs indirects. Dans les cas où les acheteurs indirects peuvent le démontrer, ils ont le droit de demander le remboursement du montant de la majoration.

(4) Dissuasion et indemnisation

[24] À l'appui de leur argument selon lequel le recours des acheteurs indirects doit être rejeté, les intimées font tout particulièrement valoir que, dans nombre d'autres affaires de fixation des prix au Canada, l'indemnité accordée à ce type d'acheteurs a été versée suivant le principe de l'aussi-près (*cy-près doctrine*) parce que le montant de l'indemnité individuelle adjugée était si faible qu'il aurait été irréaliste de dénicher tous les membres du groupe pour la leur verser. Toujours selon les intimées, une indemnité versée suivant ce principe ne sert pas l'objectif de dissuasion des lois canadiennes sur la concurrence parce qu'une

that because the award would be distributed to a not-for-profit entity in place of the class members, the compensation goal of the Canadian competition laws is also frustrated.

[25] There is merit to these arguments; however, the precedent for *cy-près* distribution is well established (see M. A. Eizenga et al., *Class Actions Law and Practice* (loose-leaf), at § 9.19). While *cy-près* distributions may not appeal to some on a policy basis, this method of distributing settlement proceeds or damage awards is contemplated by the CPA, at s. 34(1):

34 (1) The court may order that all or any part of an award under this Division that has not been distributed within a time set by the court be applied in any manner that may reasonably be expected to benefit class or subclass members, even though the order does not provide for monetary relief to individual class or subclass members.

[26] It is also a method the courts have used in indirect purchaser price-fixing cases, as demonstrated by the respondents' summary of nine cases in which distribution of the settlement funds was made on a *cy-près* basis. And, while its very name, meaning "as near as possible", implies that it is not the ideal mode of distribution, it allows the court to disburse the money to an appropriate substitute for the class members themselves (see D. Blynn, "Cy Pres Distributions: Ethics & Reform" (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435, at p. 435).

[27] As such, while the compensation objective is not furthered by a *cy-près* distribution, it cannot be said that deterrence is reduced by the possibility that a settlement will eventually be distributed in that manner. These factors do not preclude indirect purchasers from bringing an action or from being included in the class.

demande présentée uniquement par les acheteurs directs serait tout aussi dissuasive. Elles ajoutent qu'elle ne sert pas non plus l'objectif d'indemnisation, car elle serait versée à un organisme à but non lucratif plutôt qu'aux membres du groupe.

[25] Ces arguments sont valables, mais la jurisprudence en matière de versement suivant le principe de l'aussi-près est bien établie (voir M. A. Eizenga et autres, *Class Actions Law and Practice* (feuilles mobiles), § 9.19). Bien qu'il puisse ne pas plaire à certains pour des raisons de principe, ce mode de distribution de l'indemnité accordée par suite d'un règlement ou des dommages-intérêts adjugés est prévu au par. 34(1) de la CPA :

[TRADUCTION]

34 (1) Le tribunal peut ordonner que la totalité ou une partie du montant adjugé en vertu de la présente section qui n'a pas été répartie dans le délai qu'il a fixé soit affectée d'une façon dont il est raisonnable de s'attendre qu'elle profite aux membres du groupe ou du sous-groupe même si l'ordonnance ne prévoit pas de mesures de redressement pécuniaire pour les membres du groupe ou du sous-groupe.

[26] Ce mode de distribution a également été employé par les tribunaux dans les affaires de fixation des prix intéressant des acheteurs indirects, comme le démontre le résumé que les intimées ont présenté de neuf affaires où il avait été ordonné. Et, bien qu'il ressorte de son propre nom, dérivé de l'expression [TRADUCTION] « aussi près que possible », qu'il ne s'agit pas du mode de distribution idéal, il permet au tribunal de verser l'argent à un substitut convenable du groupe (voir D. Blynn, « Cy Pres Distributions : Ethics & Reform » (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435, p. 435).

[27] Par conséquent, même si le versement suivant le principe de l'aussi-près de l'indemnité accordée par suite d'un règlement ne sert pas l'objectif d'indemnisation, on ne saurait dire qu'il desserve l'objectif de dissuasion. Ces considérations n'empêchent pas les acheteurs indirects d'exercer un recours ou de faire partie du groupe.

B. *The Certification of the Class Action*

[28] Having determined that indirect purchasers may pursue actions against their alleged overchargers, the issue is now whether this action should be certified. The analysis of the certification requirements was carried out by the applications judge, Rice J., but was not addressed by the majority of the B.C.C.A. The majority of the B.C.C.A. disposed of the action based solely on its finding that passing on could not be used offensively to allow indirect purchasers to bring an action.

[29] The requirements for certification under the *CPA* are set forth in s. 4(1):

- 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:
- (a) the pleadings disclose a cause of action;
 - (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;
 - (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;
 - (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;
 - (e) there is a representative plaintiff who
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and

B. *La certification du recours collectif*

[28] Ayant conclu que les acheteurs indirects ont un droit de recours contre l'auteur présumé de la majoration, je dois maintenant décider s'il y a lieu de certifier le présent recours collectif. Les conditions de certification ont été analysées par le juge saisi de la demande, le juge Rice, mais les juges majoritaires de la C.A.C.-B. n'en ont pas traité. Ils ont tranché le recours uniquement sur le fondement de leur conclusion que le transfert de la perte ne constitue pas une cause d'action, de sorte que les acheteurs indirects se trouvent privés de recours.

[29] Les conditions de certification prévues à la *CPA* sont énoncées en son par. 4(1) :

[TRADUCTION]

- 4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie une instance à titre de recours collectif lorsque les conditions suivantes sont réunies :
- (a) les actes de procédure révèlent une cause d'action;
 - (b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;
 - (c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels;
 - (d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace;
 - (e) un demandeur-représentant :
 - (i) défendrait de manière juste et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan qui établit une méthode praticable de faire progresser l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,

(iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

[30] The respondents contest only three of the certification criteria. The first is whether the pleadings disclose a cause of action as required under s. 4(1)(a). They argue that the remaining cause of action of the direct purchasers in constructive trust should be struck and that the indirect purchaser causes of action in restitution and under s. 36 of the *Competition Act* should fail. They do not contest the indirect purchasers' causes of action in tort. Second, they say that the requirement under s. 4(1)(c) that the claims raise common issues is not met. Third, they argue that the class is not identifiable as it relates to the indirect purchasers as required under s. 4(1)(b).

[30] Les intimées font valoir qu'il n'est pas satisfait à trois des conditions de certification. Premièrement, les actes de procédure révèlent-ils une cause d'action, comme l'exige l'al. 4(1)(a)? Elles soutiennent qu'il faut radier la cause d'action restante des acheteurs directs en imposition d'une fiducie par interprétation et rejeter la cause d'action des acheteurs indirects en restitution et celle fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. Elles ne contestent pas les causes d'action des acheteurs indirects en responsabilité délictuelle. Deuxièmement, elles affirment qu'il n'est pas satisfait à la condition prévue à l'al. 4(1)(c) voulant que les demandes soulèvent une question commune. Troisièmement, elles font valoir que le groupe n'est pas identifiable au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 4(1)(b) dans la mesure où il est formé d'acheteurs indirects.

(1) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?

(1) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d'action?

[31] Section 4(1)(a) of the *CPA* requires that the pleadings disclose a cause of action. This requirement is judged on the standard of proof applied in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980, namely that a plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 (“*Alberta Elders*”), at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25).

[31] L'alinéa 4(1)(a) de la *CPA* exige que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Cette analyse s'effectue selon la norme de preuve appliquée dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980, à savoir que le demandeur répond à l'exigence à moins qu'il ne soit manifeste que sa demande ne peut être accueillie, à supposer que tous les faits invoqués soient vrais (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 (« *Alberta Elders* »), par. 20; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25).

[32] I first consider the respondents' arguments in relation to the causes of action in restitution for both the indirect and direct purchasers (remedial constructive trust) and then turn to the arguments against the cause of action of the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act*.

[32] Je vais d'abord examiner les arguments des intimées relatifs aux causes d'action en restitution des acheteurs indirects et des acheteurs directs (imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation) avant de me pencher sur les arguments qu'elles invoquent à l'encontre de la cause d'action des acheteurs indirects fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*.

(a) *Restitution — Indirect Purchasers*

[33] In the alternative, the appellants claim that the respondents have been unjustly enriched as a result of the alleged overcharge on the sale of HFCS and that the class members have suffered a deprivation in the amount of the overcharge attributable to the sale of HFCS in B.C. and in Canada. They plead that this overcharge resulted from wrongful or unlawful acts and that there can thus be no juristic reasons for the enrichment. The appellants seek the disgorgement of the alleged overcharge paid to the respondents by the class members.

[34] The respondents argue that “both the benefit conferred and deprivation (or loss) suffered was that of the direct purchasers alone” and as such, it is the direct purchasers alone who can bring a claim for restitution for wrongful conduct. They submit that no benefit was conferred directly by the indirect purchaser to the overcharger and that the deprivation in question was suffered by the direct purchasers and *not* the indirect purchasers, because the passing on of losses is not recognized at law (Cargill factum, at para. 30).

[35] I understand the respondents to be making two separate points: one, that a direct relationship between a plaintiff and a defendant is needed to ground a claim in unjust enrichment; and two, that because indirect purchasers cannot base a claim on passed-on losses, they have no cause of action in unjust enrichment. Both of these arguments have been addressed in the reasons in *Pro-Sys*.

[36] The requirement that there be a direct relationship between the defendant and the plaintiff for a claim in unjust enrichment is not settled. As indicated in the *Pro-Sys* reasons, *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, states only that “[t]he cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred directly and specifically on the defendant” (p. 797 (emphasis added)). *Peel* requires only that a claim in unjust enrichment must

a) *Restitution — Acheteurs indirects*

[33] Subsidairement, les appelantes prétendent que les intimées se sont injustement enrichies, car elles auraient majoré le prix du SMHTF, et que les membres du groupe ont subi un appauvrissement correspondant au montant du surcoût découlant de la vente du SMHTF en C.-B. et ailleurs au Canada. Selon elles, cette majoration est imputable à des actes fautifs ou illicites et aucun motif juridique ne saurait donc justifier l’enrichissement. Les appelantes réclament la restitution du surcoût que les membres du groupe auraient payé aux intimées.

[34] Les intimées affirment que [TRADUCTION] « tant l’avantage conféré que l’appauvrissement subi (la perte) touche exclusivement les acheteurs directs » et ainsi ils sont les seuls à pouvoir présenter une demande en restitution pour des actes fautifs. Elles prétendent que l’acheteur indirect n’a conféré directement aucun avantage à l’auteur de la majoration et que l’appauvrissement en question a été subi par les acheteurs directs, et *non* par les acheteurs indirects, vu que le transfert de la perte n’est pas reconnu en droit (mémoire de Cargill, par. 30).

[35] Je crois comprendre que les intimées avancent deux arguments distincts : premièrement, pour fonder une action pour enrichissement injustifié, il doit y avoir un lien direct entre le demandeur et le défendeur; deuxièmement, puisque les acheteurs indirects ne peuvent invoquer le transfert de la perte en demande, ils n’ont aucune cause d’action pour enrichissement injustifié. Ces deux arguments sont examinés dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*.

[36] Il n’est pas établi qu’un lien direct entre le défendeur et le demandeur constitue une condition préalable à une action pour enrichissement injustifié. Comme il est indiqué dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*, la Cour affirme seulement dans *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, que « [l]es affaires dans lesquelles l’enrichissement sans cause a été établi concernent généralement des avantages conférés directement et expressément au défendeur » (p. 797 (je souligne)).

be based on “more than an incidental blow-by” and that “[a] secondary collateral benefit will not suffice” (p. 797). These words would appear not to necessarily foreclose a claim where the relationship between the parties is indirect. However, as in *Pro-Sys*, this does not resolve the issue. First, it is not apparent here that the benefit received by the respondents was mere “incidental blow-by” or “collateral benefit”. Second, the appellants in *Pro-Sys* argue that *Alberta Elders* is an example of a case where an unjust enrichment was found absent a direct relationship, calling the requirement into question. Accordingly, it cannot be said that it is plain and obvious that a claim in unjust enrichment should fail at the certification stage on this ground alone.

[37] As to the recognition of passed-on losses, that question has been answered conclusively: the injury suffered by indirect purchasers is recognized at law as is their right to bring actions to recover for those losses. For the reasons previously explained, no insurmountable problem is created by allowing the claims in restitution to be brought by a class comprised of both direct and indirect purchasers. Unjustly obtained amounts are recoverable on the basis that they have been extracted at the plaintiffs’ expense (Maddaugh and McCamus, at p. 3-9). That is what is alleged to have occurred in this case. The appellants allege that the respondents committed wrongful acts that were directed at both the direct and the indirect purchasers and as such both groups should be able to recover their losses.

[38] It is true that, absent indirect purchasers, the rejection of the passing-on defence entitles direct purchasers to 100 percent of the amount of the overcharge. However, this entitlement is altered when indirect purchasers are included in the action. As explained above, this does not mean, as the respondents suggest, that to allow indirect purchasers to join the action would be “to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice

Peel vient établir uniquement que le fondement d’une action pour enrichissement sans cause ne doit pas revêtir « qu’un caractère purement incident » et qu’« [u]n avantage secondaire et accessoire ne suffit pas » (p. 797). Ces propos ne semblent pas exclure nécessairement une action opposant des parties unies par un lien indirect. Toutefois, tout comme dans l’affaire *Pro-Sys*, cela ne règle pas la question. Premièrement, il n’est pas évident en l’espèce que l’avantage obtenu par les intimées ne revêtait qu’un « caractère purement incident » ou n’était que « secondaire ». Deuxièmement, les appelants dans l’affaire *Pro-Sys* soutiennent qu’*Alberta Elders* est un exemple d’arrêt où la Cour a conclu à l’enrichissement injustifié malgré l’absence d’un lien direct, ce qui soulève un doute sur le caractère impératif de cette condition. On ne saurait donc dire qu’il est manifeste qu’une action pour enrichissement injustifié doit être rejetée à l’étape de la certification pour ce seul motif.

[37] Quant au transfert de la perte, la Cour répond de façon concluante à cette question : le préjudice subi par les acheteurs indirects est reconnu en droit, tout comme leur droit d’exercer des recours pour recouvrer le montant de ces pertes. Pour les motifs énoncés précédemment, le fait de permettre à un groupe formé à la fois d’acheteurs directs et d’acheteurs indirects de présenter une demande en restitution ne pose aucun obstacle insurmontable. Il est possible de recouvrer les fonds mal acquis parce qu’ils l’ont été au détriment des demandeurs (Maddaugh et McCamus, p. 3-9). C’est ce qui serait arrivé en l’espèce. Les appelantes prétendent que les intimées ont commis des actes fautifs à l’endroit des acheteurs directs et des acheteurs indirects et soutiennent que les deux groupes devraient avoir le droit de recouvrer le montant de leurs pertes.

[38] Certes, s’il est fait abstraction des acheteurs indirects, l’impossibilité d’invoquer en défense le transfert de la perte se traduit pour les acheteurs directs par un droit à la totalité de la majoration. Cependant, la participation d’acheteurs indirects au recours altère ce droit. Comme je l’explique précédemment, cela ne signifie pas, tel que les intimées le laissent entendre, que le fait de permettre aux acheteurs indirects de participer au recours

— once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit . . . and again from the person who reaped an incidental benefit” (Cargill factum, at para. 32, citing *Peel*, at p. 797). Rather, it means that the indirect and direct purchasers will share the aggregate amount recovered in the event that the action is successful. To the extent that there are competing claims among the direct and indirect purchasers, I agree with Rice J. that this may be sorted out at a later stage of the proceeding (B.C.S.C., at para. 195). At this stage, both groups share the common interest of maximizing the amount recoverable from the respondents. The indirect purchasers’ cause of action in restitution should therefore not be struck out.

(b) *Constructive Trust — Direct Purchasers*

[39] On cross-appeal, with respect to the one cause of action remaining to the direct purchasers, the respondents argue that the cause of action in constructive trust should fail.

[40] The respondents claim that neither the requirement of a “proprietary nexus” nor the requirement that the constructive trust be imposed only where a monetary remedy was found to be inadequate were met in this case. As such it is plain and obvious that the direct purchaser claim in constructive trust has no chance of succeeding (see Casco cross-appeal factum, at para. 28, citing *Tracy (Guardian ad litem of) v. Instaloans Financial Solution Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577, for the requirements of a constructive trust). I agree.

[41] In *Pro-Sys*, noting that *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, was the relevant controlling authority, I found that the claim in constructive trust must fail because there was no referential property and no explanation by the appellants why a monetary remedy would be inappropriate or insufficient. For the same reasons,

reviendrait à [TRADUCTION] « admettre la possibilité d’un double recouvrement par le demandeur — d’abord, de la personne qui bénéficie immédiatement du paiement ou de l’avantage [. . .] et ensuite, de la personne qui en a tiré un avantage incident » (mémoire de Cargill, par. 32, citant l’arrêt *Peel*, p. 797). Cela signifie plutôt que les acheteurs indirects et les acheteurs directs se partageront la somme globale recouvrée s’ils ont gain de cause. Dans l’éventualité où les acheteurs directs et les acheteurs indirects présentent des demandes concurrentes, je partage l’avis du juge Rice qu’il est possible de régler ce point plus tard au cours de l’instance (C.S.C.-B., par. 195). À ce stade, les deux groupes ont en commun l’intérêt à récupérer la somme d’argent la plus élevée possible auprès des intimées. En conséquence, il ne faut pas radier la cause d’action en restitution des acheteurs indirects.

b) *Fiducie par interprétation — Acheteurs directs*

[39] Dans l’appel incident, les intimées soutiennent que la seule cause d’action reconnue aux acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, doit être rejetée.

[40] Les intimées prétendent qu’il n’est pas satisfait en l’espèce à la condition d’un [TRADUCTION] « lien avec un bien », ni à celle voulant que la fiducie par interprétation soit imposée uniquement si une réparation pécuniaire est jugée inadéquate. Il est donc manifeste que la demande des acheteurs directs visant l’imposition de ce type de fiducie est vouée à l’échec (voir mémoire d’appel incident de Casco, par. 28, citant *Tracy (Guardian ad litem of) c. Instaloans Financial Solution Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577, à propos des conditions d’une fiducie par interprétation). Je suis d’accord.

[41] Concluant dans l’arrêt *Pro-Sys* que *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, constitue l’arrêt de principe en la matière, j’estime dans la première que les allégations relatives à l’existence d’une fiducie par interprétation doivent être rejetées étant donné qu’aucun bien n’est en cause et que les appelantes ne précisent pas en quoi une

I find it plain and obvious that Sun-Rype's claim in constructive trust in this case must fail and should be struck.

(c) *Section 36 of the Competition Act — Indirect Purchasers*

(i) Passed-On Losses Recognized at Law

[42] Section 36 of the *Competition Act* provides a cause of action to “[a]ny person who has suffered loss or damage as a result of (a) conduct that is contrary to any provision of Part VI”. The respondents, basing their argument on their fundamental position that passed-on losses are not recognized at law, assert that s. 36 was not intended to provide a right of action to indirect purchasers.

[43] For the reasons explained in *Pro-Sys*, this argument is rejected. It is not plain and obvious that a cause of action for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act* cannot succeed.

(ii) Jurisdiction Over Extraterritorial Conduct

[44] The respondents argue that “an alleged conspiracy entered into outside Canada, among foreign defendants, to fix prices of products sold to foreign direct purchasers does not constitute an offence under the *Competition Act* giving rise to a right of civil action” (ADM factum, at para. 54). They claim that the jurisdiction of Canadian courts over violations of the *Competition Act* by foreign defendants “will have to be determined by reference to the presumptive connecting factors identified in *Club Resorts*, which determination is beyond the scope of the present appeal” (para. 53) and that conduct cannot be contrary to Part VI of the *Competition Act* “unless there is a real and substantial link between that conduct and Canada” (para. 60).

réparation pécuniaire est inappropriée ou insuffisante. Pour les mêmes motifs, il est manifeste à mon avis que la demande de Sun-Rype visant à faire reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation est vouée à l'échec et doit être radiée.

c) *Article 36 de la Loi sur la concurrence — Acheteurs indirects*

(i) Transfert de la perte reconnu en droit

[42] L'article 36 de la *Loi sur la concurrence* confère une cause d'action à « [t]oute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite : a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ». S'appuyant sur leur position fondamentale selon laquelle le transfert de la perte n'est pas reconnu en droit, les intimées affirment que l'objet de l'art. 36 ne saurait être d'accorder un droit d'action aux acheteurs indirects.

[43] Pour les motifs donnés dans *Pro-Sys*, cet argument est rejeté. Il n'est pas manifeste que la cause d'action des acheteurs indirects fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* est vouée à l'échec.

(ii) Compétence sur les actes commis à l'étranger

[44] Les intimées soutiennent qu'[TRADUCTION] « un complot prétendument noué à l'extérieur du Canada par des défendeurs étrangers pour fixer le prix de produits vendus à des acheteurs directs étrangers ne constitue pas une infraction prévue par la *Loi sur la concurrence* qui fait naître un droit d'action au civil » (mémoire d'ADM, par. 54). Selon elles, la compétence des tribunaux canadiens à l'égard des infractions à la *Loi sur la concurrence* perpétrées par des défendeurs étrangers « doit être établie à l'aune des facteurs de rattachement créant une présomption qui sont énumérés dans *Club Resorts*, ce qui déborde le cadre du présent pourvoi » (par. 53). Elles font valoir également qu'un comportement ne peut aller à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* « à moins qu'il n'existe un lien réel et substantiel entre ce comportement et le Canada » (par. 60).

[45] I agree with the respondents that the framework proposed in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, will need to be applied in establishing whether there is “real and substantial connection” sufficient to find that Canadian courts have jurisdiction in this case. However, I would question the respondents’ characterization of the factual situation.

[46] The conduct in question, while perpetrated by foreign defendants, allegedly involved each respondent’s Canadian subsidiary acting as its agent. The sales in question were made in Canada, to Canadian customers and Canadian end-consumers. There is at least some suggestion in the case law that where defendants conduct business in Canada, make sales in Canada and conspire to fix prices on products sold in Canada, Canadian courts have jurisdiction (see *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351 (Ont. S.C.J.), at paras. 58, 63-86 and 101-2 (“It is arguable that a conspiracy that injures Canadians gives rise to liability in Canada, even if the conspiracy was formed abroad”: para. 58); *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45, at para. 32 (the B.C.C.A. refusing to deny certification of a class action based on the argument that Canadian courts had no jurisdiction over *Competition Act* violations occurring outside of Canada); *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263, at paras. 32-45 (“A conspiracy occurs in British Columbia if the harm is suffered here, regardless of where the ‘wrongful conduct’ occurred. On that basis, the court has jurisdiction over the *ex juris* defendants who are alleged to be parties to the conspiracy”: para. 41)).

[47] The respondents have not demonstrated that it is plain and obvious that Canadian courts have no jurisdiction over the alleged anti-competitive acts committed in this case. The cause of action under s. 36 of the *Competition Act* should not be struck out.

[45] Je partage l’opinion des intimées qu’il faut appliquer le cadre proposé dans *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, pour déterminer s’il existe un « lien réel et substantiel » suffisant pour conclure à la compétence des tribunaux canadiens en l’espèce. J’ai toutefois des doutes quant à la perspective des intimées quant aux faits.

[46] Bien qu’ils aient été commis par des défendeurs étrangers, les actes reprochés impliquent la filiale canadienne de chacune des intimées agissant à titre de mandataire de ces dernières. Les ventes ont été réalisées au Canada auprès de clients canadiens et, au dernier maillon de la chaîne de distribution, de consommateurs canadiens. Selon un certain courant jurisprudentiel, les tribunaux canadiens sont compétents à l’égard des instances mettant en cause des défendeurs faisant affaire au Canada, y réalisant des ventes et complotant en vue de fixer les prix de produits vendus au Canada (voir *VitaPharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351 (C.S.J. Ont.), par. 58, 63-86 et 101-102 ([TRADUCTION] « Il est possible de soutenir qu’un complot portant préjudice à des Canadiens engage la responsabilité de ses auteurs au Canada même s’il a été ourdi à l’étranger » (par. 58)); *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45, par. 32 (la C.A.C.-B. a refusé d’infirmar la certification d’un recours collectif contestée au motif que les infractions à la *Loi sur la concurrence* perpétrées à l’étranger ne ressortissent pas aux tribunaux canadiens); *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263, par. 32-45 ([TRADUCTION] « Il y a complot en Colombie-Britannique si le préjudice y est subi, quel que soit l’endroit où l’“acte fautif” a été commis. Par conséquent, la cour a compétence à l’égard des défendeurs d’un autre ressort à qui l’on reproche de participer au complot » (par. 41))).

[47] Les intimées n’ont pas démontré qu’il est manifeste que les agissements anticoncurrentiels qui auraient été commis en l’espèce ne sont pas du ressort des tribunaux canadiens. La cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ne doit pas être radiée.

(2) Are There Common Issues?

[48] Section 4(1)(c) of the *CPA* requires that the claims of the class members raise common issues. The respondents' arguments as to the commonality requirement centre on the standard of proof to be applied to this and the other certification requirements other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. Here, as in *Pro-Sys*, the respondents urge the Court to resolve the remainder of the certification requirements on a balance of probabilities. They say the Court should adopt the U.S. approach of weighing conflicting evidence at the certification stage. For the reasons set out in *Pro-Sys*, the standard to be applied here is "some basis in fact" and not a balance of probabilities.

[49] As to the standard to be applied to the expert evidence, the respondents do not argue that it is insufficient to demonstrate commonality; rather, they submit that Rice J. erred in that he applied the wrong standard of proof to the expert methodologies that he examined.

[50] The reasons in *Pro-Sys* have set out that the standard to be applied to expert evidence is one requiring a credible and plausible methodology capable of proving harm on a class-wide basis.

[51] It is evident that on the certification application, Rice J. analysed the significant amount of expert evidence that was before him and that he applied the correct standard to both the certification requirements ("plain and obvious" for s. 4(1)(a) and "some basis in fact" for s. 4(1)(b) to (e)) and the expert methodology required to establish some basis in fact (whether the expert evidence consisted of a credible and plausible model capable of proving harm on a class-wide basis). There is no basis upon which to interfere with his common issues determination.

(2) Existe-t-il une question commune?

[48] Aux termes de l'al. 4(1)(c) de la *CPA*, les demandes des membres du groupe doivent soulever une question commune. Les arguments des intimées à ce sujet sont axés sur la norme de preuve qu'il convient d'appliquer aux conditions de certification, sauf à celle relative à la cause d'action. Tout comme dans *Pro-Sys*, les intimées en l'espèce exhortent la Cour à statuer sur ces conditions de certification selon la prépondérance des probabilités. Selon elles, la Cour doit suivre l'exemple des tribunaux américains, qui soupèsent les éléments de preuve contradictoires à l'étape de la certification. Pour les motifs exposés dans *Pro-Sys*, la norme de preuve applicable en l'espèce est celle d'un « certain fondement factuel », et non celle de la prépondérance des probabilités.

[49] Quant à la norme applicable à la preuve d'expert, les intimées ne soutiennent pas qu'il ne suffit pas d'établir la communauté. Elles font plutôt valoir que le juge Rice a appliqué la mauvaise norme à la preuve relative aux méthodes d'experts qu'il a examinées.

[50] Dans *Pro-Sys*, il est établi que la norme qui s'applique à la preuve d'expert est celle de la méthode valable et acceptable permettant de prouver le préjudice à l'échelle du groupe.

[51] Il ressort à l'évidence que, lors de l'instruction de la demande visant la certification, le juge Rice a analysé la preuve d'expert volumineuse dont il disposait et qu'il a appliqué la bonne norme tant aux conditions de certification (celle du caractère [TRADUCTION] « manifeste » pour l'al. 4(1)(a) et celle du « certain fondement factuel » pour les al. 4(1)(b) à (e)) qu'à la méthode d'expert employée pour établir l'existence d'un certain fondement factuel (celle de la méthode valable et acceptable permettant de prouver qu'un préjudice a été causé à l'échelle du groupe). Il n'y a aucune raison de modifier sa conclusion sur les questions communes.

(3) Is There an Identifiable Class?

[52] Section 4(1)(b) of the *CPA* provides that the court must certify a proceeding if, among other requirements, there is an identifiable class of two or more persons. *Hollick* provides that this certification requirement will be satisfied by demonstrating “some basis in fact” to support it (para. 25).

[53] The class definition proposed by the appellants is “all persons resident in British Columbia and elsewhere in Canada who purchased HFCS or products containing HFCS manufactured by the defendants (collectively, the ‘class’) from January 1, 1988 to June 30, 1995 (the ‘Class Period’)” (B.C.S.C., at para. 2).

[54] The respondents take issue with the inclusion of indirect purchasers in the class. They acknowledge that while impracticability or impossibility in distributing class action proceeds to indirect purchasers does not necessarily preclude finding an “identifiable class”, the facts of this particular case are such that the class cannot be found to be “identifiable” to the extent that it includes indirect purchasers (ADM factum, at para. 85). The respondents argue that the inclusion of indirect purchasers in the class in the present case runs contrary to the purpose of the “identifiable class” requirement because indirect purchasers are not able, based on the class definition, to determine if they are members of the class. Relying on *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, the respondents argue that the identifiable class requirement should allow for class membership to be determinable.

[55] They argue that the proposed class definition does not allow for indirect purchasers to determine if they are in fact members of the class as defined. Contrary to the *Infineon* and *Pro-Sys* cases where there was evidence that class membership could likely be determined, here “it is simply impossible to make a determination of the presence, or lack of presence, of HFCS in particular products a

(3) Existe-t-il un groupe identifiable?

[52] L’alinéa 4(1)(b) de la *CPA* prévoit l’une des conditions préalables à la certification d’un recours collectif, à savoir l’existence d’un groupe identifiable de deux personnes ou plus. Il ressort de l’arrêt *Hollick* qu’il est satisfait à cette condition dès lors qu’un « certain fondement factuel » est établi (par. 25).

[53] La définition du groupe proposée par les appelantes est la suivante : [TRADUCTION] « . . . tous les résidents de la Colombie-Britannique et d’ailleurs au Canada qui ont acheté du SMHTF fabriqué par les défenderesses ou des produits en contenant (collectivement le “groupe”) entre le 1^{er} janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la “période visée par le recours”) » (C.S.C.-B., par. 2).

[54] Les intimées contestent l’inclusion des acheteurs indirects dans le groupe. Elles reconnaissent que la distribution impossible ou irréaliste aux acheteurs indirects des indemnités accordées à l’issue du recours collectif n’empêche pas nécessairement de conclure à l’existence d’un « groupe identifiable ». Elles estiment toutefois que, vu les faits de l’espèce, le groupe ne peut être jugé « identifiable » dans la mesure où il comprend les acheteurs indirects (mémoire d’ADM, par. 85). Selon elles, l’appartenance de ces acheteurs au groupe en l’espèce ne respecte pas la condition relative à l’existence d’un « groupe identifiable » parce qu’ils ne sont pas en mesure, d’après la définition du groupe, de déterminer s’ils en font partie ou non. Invoquant *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, les intimées soutiennent que, pour qu’il soit satisfait à cette condition, l’appartenance au groupe devrait être déterminable.

[55] De l’avis des intimées, la définition du groupe proposée ne permet pas aux acheteurs indirects d’établir s’ils appartiennent ou non au groupe. À la différence des affaires *Infineon* et *Pro-Sys*, où la preuve montrait que l’appartenance au groupe était vraisemblablement déterminable, la présente affaire est un cas où [TRADUCTION] « il est tout simplement impossible de confirmer la présence ou l’absence de

consumer in British Columbia may have purchased between 1988 and 1995” (ADM factum, at para. 97). They argue that prominent direct purchasers such as Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries and George Weston Limited have used both HFCS and liquid sugar in their products. In many cases, the labels on the products sold in Canada by these direct purchasers did not reflect which sweetener was used. They also point out that on cross-examination on her affidavit, the representative plaintiff Wendy Bredin stated that “she did not know whether any product she purchased during the class period actually contained HFCS” (para. 18). They state that “[i]f the proposed representative Plaintiff in this action is unable to say whether any product she bought in the class period contained HFCS, it is difficult to see how any other potential class member could be aware of this fact” (para. 103).

[56] This is not a typical ground on which the “identifiable class” requirement is challenged. Here, there is no question whether the class definition is too narrow or too broad, whether the definition contains subjective criteria or whether the class definition creates a need to consider the merits. However, when the purpose for which there must be a class definition that designates an “identifiable class” is examined, the problems with the appellants’ case become evident.

[57] I agree with the courts that have found that the purpose of the class definition is to (i) identify those persons who have a potential claim for relief against the defendants; (ii) define the parameters of the lawsuit so as to identify those persons who are bound by its result; (iii) describe who is entitled to notice of the action (*Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (Ont. S.C.J.), at paras. 26 and 30; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 10; Eizenga et al., at § 3.31). *Dutton* states that “[i]t is necessary . . . that any particular person’s claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria” (para. 38).

SMHTF dans les produits qu’un consommateur de la Colombie-Britannique aurait achetés entre 1988 et 1995 » (mémoire d’ADM, par. 97). Elles font valoir que des acheteurs directs importants comme Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries et George Weston limitée ont utilisé tantôt du SMHTF tantôt du sucre liquide dans leurs produits. Dans bien des cas, les étiquettes des produits vendus au Canada par ces acheteurs directs n’indiquaient pas l’édulcorant utilisé. Les intimées soulignent également que, lorsqu’elle a été contre-interrogée sur son affidavit, la demanderesse-représentante, Wendy Bredin, a dit « ignorer si elle avait acheté au cours de la période visée par le recours un seul produit contenant du SMHTF » (par. 18). Elles notent que « [s]i la personne disposée à agir à titre de demanderesse-représentante en l’espèce n’est pas en mesure de savoir si elle a acheté un seul produit contenant du SMHTF au cours de cette période, on voit mal comment un autre membre éventuel du groupe le pourrait » (par. 103).

[56] Il ne s’agit pas d’un motif habituellement invoqué pour contester l’existence d’un [TRADUCTION] « groupe identifiable ». Il n’est pas question de déterminer si la définition du groupe est trop étroite ou trop large, si elle repose sur des critères subjectifs ou si elle emporte un examen du bien-fondé du recours. Par contre, les problèmes qui grèvent la cause des appelantes apparaissent clairement dès lors qu’on analyse les objets visés par la condition relative au « groupe identifiable ».

[57] Je suis d’accord avec les tribunaux qui sont arrivés à la conclusion que la définition du groupe a les objets suivants : i) recenser les personnes susceptibles d’avoir un droit de réparation contre les défendeurs; ii) établir les paramètres de la poursuite afin de circonscrire les personnes liées par son issue; iii) déterminer les personnes ayant le droit d’être avisées de l’existence du recours (*Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 26 et 30; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 10; Eizenga et autres, § 3.31). Pour citer l’arrêt *Dutton*, « [i]l est [. . .] nécessaire que l’appartenance d’une personne au groupe

According to Eizenga et al., “[t]he general principle is that the class must simply be defined in a way that will allow for a later determination of class membership” (§ 3.33).

[58] I do not take issue with the class definition on its face. It uses objective criteria, it does not turn on the merits of the claim, and it cannot be narrowed without excluding members who may have a valid claim. Where the difficulty lies is that there is insufficient evidence to show some basis in fact that two or more persons will be able to determine if they are in fact a member of the class.

[59] The appellants claim that the respondents “attempt to use the complexity inherent in claims arising from a large-scale price-fixing conspiracy to deny those injured by the alleged conduct a legal remedy” and that “courts have found that class definitions similar or identical to that proposed in this case were appropriate” (response factum, at paras. 58 and 61). The appellants rely on the instruction in *Dutton*, at para. 38, that “[i]t is not necessary that every class member be named or known.” They cite *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (Ont. S.C.J.), in support of the proposition that courts can engage in a “relatively elaborate factual investigation in order to determine class membership” and that “[t]he fact that particular persons may have difficulty in proving that they satisfy the conditions for membership is often the case in class proceedings and is not, by itself, a reason for finding that the class is not identifiable” (para. 67, citing *Sauer*, at para. 28).

[60] However, in *Sauer* the passage relied upon pertained to the issue of the objectivity of the criteria used in the class definition. In that case, a class action involving cows infected with bovine spongiform encephalopathy (“BSE”) or “mad cow disease”, the class was defined to include “all cattle farmers in Canada”, except Quebec (para. 11). The representative plaintiff adduced evidence of his

puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (par. 38). Selon Eizenga et autres, [TRADUCTION] « [l]e principe général veut que le groupe soit tout simplement défini de manière à permettre de déterminer par la suite qui en fait partie » (§ 3.33).

[58] La définition du groupe ne me pose pas problème a priori. Elle repose sur des critères objectifs, n’est pas fonction du bien-fondé de la demande et ne peut être restreinte sans que soient exclus des membres susceptibles d’avoir un droit de recours valable. Or, la preuve ne permet pas de conclure qu’un certain fondement factuel établit que deux personnes ou plus sauront si elles appartiennent ou non au groupe, et c’est là où le bât blesse.

[59] Les appelantes prétendent que les intimées [TRADUCTION] « tentent d’exciper de la complexité inhérente aux demandes résultant d’un complot de fixation des prix à grande échelle pour priver de recours judiciaire les personnes lésées par les actes reprochés » et que « les tribunaux ont jugé adéquates des définitions de groupe semblables ou identiques à celle proposée en l’espèce » (mémoire en réponse, par. 58 et 61). Les appelantes invoquent la directive donnée dans *Dutton* selon laquelle « [i]l n’est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus » (par. 38). Elles citent *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (C.S.J. Ont.), qui dit que les tribunaux peuvent se livrer à une [TRADUCTION] « analyse assez approfondie des faits en vue d’établir l’appartenance au groupe » et qu’« [i]l arrive souvent dans un recours collectif que certaines personnes aient du mal à prouver qu’elles satisfont aux conditions d’appartenance, ce qui ne permet pas en soi de conclure que le groupe n’est pas identifiable » (par. 67, citant *Sauer*, par. 28).

[60] Par contre, l’extrait de la décision *Sauer* invoqué par les appelantes porte sur l’objectivité des critères qui figurent dans la définition du groupe. Dans cette affaire, un recours collectif concernant des vaches atteintes d’encéphalopathie spongiforme bovine (« ESB ») ou « maladie de la vache folle », le groupe s’entendait de [TRADUCTION] « tous les éleveurs de bovins au Canada », outre ceux du

own personal losses as well as those of others in the community as a result of the BSE crisis. The defendants challenged the term “cattle farmers” as being too broad and creating a problem for those farmers seeking to self-identify. Lax J. of the Ontario Superior Court of Justice held that in such situations the court could engage in a factual investigation to determine class membership.

[61] That is not the situation in this case. Here, there is no basis in fact to demonstrate that the information necessary to determine class membership is possessed by any of the putative class members. The appellants have an obligation at the certification stage to introduce evidence to establish some basis in fact that at least two class members can be identified. Here, they have not met even this relatively low evidentiary standard.

[62] This is not a case of mere difficulty in proving membership in a defined class. That is what distinguishes this case from *Pro-Sys*. In *Pro-Sys*, even if class membership is not immediately evident to potential class members based on the class definition, records of purchase or the presence of the application software or operating systems that form the subject of the appeal on the computers of the putative class members would serve to identify them as part of the identifiable class. Further, in *Pro-Sys*, Sam Leung, president and director of Pro-Sys Consultants Ltd., one of the representative plaintiffs, offered proof that he had purchased the product in question in the form of the invoice for the purchase of the computer. That evidence demonstrated that class membership was determinable and established some basis in fact that there was an identifiable class.

[63] Conversely, in this case, the respondents’ evidence is that HFCS and liquid sugar had been used interchangeably by direct purchasers during the class period. They also claim that

Québec (par. 11). Le demandeur-représentant avait produit la preuve des pertes que lui et des confrères avaient essuyées par suite de la crise de l’ESB. Selon les défendeurs, le terme « éleveurs de bovins » était trop large et posait problème aux agriculteurs cherchant à être reconnus comme membres du groupe. La juge Lax, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, a conclu que dans de telles situations, le tribunal peut examiner les faits pour déterminer l’appartenance au groupe.

[61] Or, ce n’est pas le cas en l’espèce. Aucun fondement factuel ne permet d’établir qu’un seul des membres du groupe proposé dispose des renseignements nécessaires pour déterminer s’il appartient ou non au groupe. Les appelantes ont l’obligation, à l’étape de la certification, de démontrer l’existence d’un certain fondement factuel permettant de conclure qu’au moins deux membres pourront être connus. Elles n’ont même pas satisfait à cette norme de preuve relativement peu exigeante.

[62] Il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où il est simplement difficile d’établir l’appartenance à un groupe défini. C’est ce qui différencie la présente affaire de l’affaire *Pro-Sys*. Dans cette dernière, même si l’appartenance au groupe ne paraît pas évidente à première vue aux éventuels membres du groupe à la lumière de la définition de celui-ci, des reçus d’achat ou la présence dans l’ordinateur du membre du groupe proposé du logiciel d’application ou d’un système d’exploitation visé par l’appel permettraient de conclure à l’appartenance au groupe. De plus, dans *Pro-Sys*, Sam Leung, président-directeur de Pro-Sys Consultants Ltd., l’un des demandeurs-représentants, a prouvé qu’il avait acheté le produit en question, en produisant la facture constatant l’achat de l’ordinateur. Cette preuve démontrait qu’il était possible de déterminer l’appartenance au groupe et que l’existence d’un groupe identifiable reposait sur un certain fondement factuel.

[63] À l’inverse, dans la présente affaire, la preuve des intimées montre que les acheteurs directs ont utilisé de façon interchangeable le SMHTF et le sucre liquide au cours de la période visée par le recours. En outre, les intimées prétendent que

Canadian labelling requirements during the class period were such that food and beverage producers were not required to specify which of the two sweeteners was contained in their products. A generic label indicating “sugar/glucose-fructose” could be used for either liquid sugar or HFCS. The result is that a consumer who purchased such a product during the class period would have had no way of determining whether that product contained HFCS, even if they had bothered to check the label. [ADM factum, at para. 100]

[64] The appellants say only that “hundreds of millions of dollars of HFCS was sold to Canadian direct purchasers during the Class Period” and that this HFCS was used in “products such as soft drinks, baked goods and other food products which are purchased by restaurants, grocery wholesalers, supermarkets, convenience stores, movie theatres and others” (response factum, at para. 69). Their expert offers evidence that the amount of HFCS used and the specific products which contained it are identifiable (para. 69, citing the Leitzinger Report, at paras. 10-11, 18-20 and 27 (A.R., vol. II, at pp. 85-86, 89-91 and 95-96)).

[65] The question, however, is not one of whether the identified products contained HFCS, or even whether the overcharge would have reached the indirect purchaser level (i.e. whether passing on had occurred). The problem in this case lies in the fact that indirect purchasers, even knowing the names of the products affected, will not be able to know whether the particular item that they purchased did in fact contain HFCS. The appellants have not offered evidence that could help to overcome the identification problem created by the fact that HFCS and liquid sugar were used interchangeably.

[66] Even Ms. Bredin testified that she is unable to state whether the products she purchased contained HFCS. This fact will remain unchanged because, as noted above, liquid sugar and HFCS were used interchangeably and a generic label indicating only “sugar/glucose-fructose” could be used for either type of sweetener. Ms. Bredin presented no evidence to show that there is some basis in fact that she would be able to answer this question. On

[TRADUCTION] les règles canadiennes d’étiquetage en vigueur au cours de la période visée par le recours n’obligeaient pas les fabricants d’aliments et de boissons à indiquer lequel des deux édulcorants entraient dans la composition de leurs produits. Elles permettaient que le terme générique « sucre/glucose-fructose » désigne tantôt le sucre liquide, tantôt le SMHTF sur l’étiquette. Il s’ensuit que le consommateur ayant acheté un tel produit au cours de la période visée par le recours n’aurait pu dire s’il contenait du SMHTF même s’il s’était donné la peine de lire l’étiquette. [mémoire d’ADM, par. 100]

[64] Les appelantes affirment seulement que [TRADUCTION] « les ventes de SMHTF aux acheteurs directs canadiens représentaient des centaines de millions de dollars au cours de la période visée par le recours » et que ce SMHTF entraient dans la fabrication de « denrées alimentaires comme les boissons gazeuses et les produits de boulangerie achetées par des restaurants, grossistes, supermarchés, dépanneurs, cinémas et autres établissements » (mémoire en réponse, par. 69). Selon leur expert, il est possible d’établir la quantité de SMHTF utilisé et de déterminer les produits précis qui en contenaient (par. 69, citant le rapport de M. Leitzinger, par. 10-11, 18-20 et 27 (d.a., vol. II, p. 85-86, 89-91 et 95-96)).

[65] Par contre, il ne s’agit pas de déterminer si certains produits contenaient du SMHTF ou encore si la majoration a été refilee aux acheteurs indirects (autrement dit, s’il y a eu transfert de la perte). Le problème en l’espèce tient au fait que les acheteurs indirects ne seront pas en mesure de savoir si l’article qu’ils ont acheté contenait ou non du SMHTF même s’ils connaissent le nom des produits en cause. Les appelantes n’ont pas fourni de preuve susceptible de remédier au problème relatif à l’appartenance que soulève l’interchangeabilité du SMHTF et du sucre liquide.

[66] M^{me} Bredin elle-même a affirmé ne pas être en mesure de dire si les produits qu’elle avait achetés contenaient du SMHTF. Cet état de fait ne changera pas parce que, répétons-le, le sucre liquide et le SMHTF étaient utilisés de façon interchangeable et qu’une étiquette portant seulement le générique « sucre/glucose-fructose » était susceptible d’indiquer la présence de l’un ou l’autre édulcorant. M^{me} Bredin n’a pas démontré qu’un certain

the evidence presented on the application for certification, it appears impossible to determine class membership.

[67] The appellants claim that “although some class members may not be able to self-identify, class membership is determinable by reference to the nature of the purchases made by each individual and the quantity of HFCS in the products purchased” (response factum, at para. 71). However, this is no answer to the self-identification problem. While there may have been indirect purchasers who were harmed by the alleged price-fixing, they cannot self-identify using the proposed definition. Allowing a class proceeding to go forward without identifying two or more persons who will be able to demonstrate that they have suffered loss at the hands of the alleged overchargers subverts the purpose of class proceedings, which is to provide a more efficient means of recovery for plaintiffs *who have suffered harm* but for whom it would be impractical or unaffordable to bring a claim individually. In this case, class membership is not determinable.

[68] Built into the class certification framework is the requirement that the class representative present sufficient evidence to support certification and to allow the opposing party to respond with its own evidence (*Hollick*, at para. 22). The goal at the certification stage is to ensure that this is an appropriate matter to proceed as a class proceeding (*Pro-Sys*, at para. 104). And while the certification stage is not a preliminary trial of the merits, “the judge must be satisfied of certain basi[c] facts required by [the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6] as the basis for a certification order” (*Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.), at p. 381).

fondement factuel permet de conclure qu’elle pourra répondre à cette question. Vu la preuve produite dans le cadre de la demande de certification, il paraît impossible de déterminer l’appartenance au groupe.

[67] La prétention des appelantes que, [TRADUCTION] « même s’il est possible que certains membres ne puissent se reconnaître comme tels, l’appartenance au groupe peut s’établir eu égard à la nature des achats réalisés par chaque personne et à la quantité de SMHTF contenue dans les produits achetés » (mémoire en réponse, par. 71). Or, ce n’est pas une solution au problème qu’éprouveront les membres éventuels à se reconnaître comme tels. Bien que la fixation des prix reprochée ait peut-être porté préjudice à des acheteurs indirects, ils ne peuvent démontrer qu’ils font partie du groupe à la lumière de la définition proposée. Certifier un recours collectif sans connaître au moins deux personnes qui seront en mesure de prouver les pertes que leur ont fait subir les auteurs présumés de la majoration contrecarre l’objectif des recours collectifs, qui est d’offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs *ayant subi un préjudice* mais pour qui il serait irréaliste d’exercer un recours individuel ou qui n’ont pas les moyens de le faire. Il est impossible de déterminer l’appartenance au groupe en l’espèce.

[68] Le cadre de certification des recours collectifs oblige le représentant du groupe à présenter une preuve suffisante à l’appui de la certification et permet à la partie adverse de produire à son tour sa propre preuve (*Hollick*, par. 22). À l’étape de la certification, l’objet consiste à vérifier que le litige se prête bien au recours collectif (*Pro-Sys*, par. 104). Et bien que l’instruction de la demande de certification ne constitue pas un procès préliminaire sur le bien-fondé du recours, [TRADUCTION] « le juge doit être convaincu de l’existence de certains faits élémentaires qui, aux termes de [la *Class Proceedings Act, 1992*, L.O. 1992, ch. 6], constituent le fondement obligatoire d’une ordonnance de certification » (*Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), p. 381).

[69] In this case, the appellants argue that denying that there is an identifiable class is to confuse the ability to identify a class with the ability to identify each individual member of that class (response factum, at para. 72). I agree that it is not necessary for each individual class member to be identified at the outset of the litigation in order for the class to be certified. However, as set out in the legislation, the matter will only be certified if, *inter alia*, “there is an identifiable class of 2 or more persons” (s. 4(1)(b)). In this case, the problem is that the indirect purchaser plaintiff did not offer any evidence to show some basis in fact that two or more persons could prove they purchased a product actually containing HFCS during the class period and were therefore identifiable members of the class.

[70] Justice Karakatsanis says that there is some basis in fact to conclude that some indirect purchasers could prove that they probably purchased products containing HFCS (para. 115). With respect, no evidence was provided to establish some basis in fact that any individual indirect purchasers could do so. Allowing the class to be certified in such circumstances would be to lower the evidentiary standard necessary to satisfy the criteria at the certification stage from some basis in fact to mere speculation.

[71] Justice Karakatsanis also states that “expert evidence may provide a credible and plausible method offering a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis” (para. 108). However, even if expert evidence satisfies the certification judge that the class as a whole was harmed, that does not obviate the need for the certification judge to be satisfied that there is some basis in fact indicating that at least two persons can prove they incurred a loss.

[72] A key component in any class action is that two or more persons fit within the class definition.

[69] En l’espèce, selon les appelantes, refuser de reconnaître l’existence d’un groupe identifiable c’est confondre la possibilité de déterminer le groupe et la possibilité d’en déterminer chacun des membres (mémoire en réponse, par. 72). Je conviens qu’il n’est pas nécessaire que chaque membre soit connu au début de l’instance pour que le recours puisse être certifié. Toutefois, aux termes de la Loi, le tribunal ne certifie le recours que s’il [TRADUCTION] « existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus » (al. 4(1)(b)), entre autres conditions. En l’espèce, le problème est le suivant. La représentante des acheteurs indirects n’a produit aucune preuve qu’un certain fondement factuel sous-tend l’hypothèse selon laquelle deux personnes ou plus pourraient démontrer l’achat au cours de la période visée par le recours d’un produit contenant bel et bien du SMHTF, et démontrer ainsi leur appartenance à un groupe identifiable.

[70] La juge Karakatsanis est d’avis qu’un certain fondement factuel permet de conclure que des acheteurs indirects pourraient prouver avoir probablement acquis des produits contenant du SMHTF (par. 115). Malgré tout le respect que je porte à ma collègue, je constate qu’aucun fondement factuel ne démontre qu’un seul des acheteurs indirects le pourrait. Permettre la certification du recours dans de telles circonstances équivaldrait à substituer à la norme de preuve applicable aux critères de certification, c’est-à-dire celle d’un certain fondement factuel, celle des simples conjectures.

[71] Pour reprendre les propos de ma collègue, « la preuve d’expert peut présenter une méthode valable et acceptable offrant une possibilité réaliste d’établir la perte pour l’ensemble du groupe » (par. 108). Cependant, même si le juge saisi de la demande de certification est convaincu, à la lumière de la preuve d’expert, que le groupe en entier a subi le préjudice, cela n’empêche pas qu’il doive être convaincu de même qu’un certain fondement factuel établit qu’au moins deux personnes sont en mesure de prouver la perte.

[72] Un élément essentiel de tout recours collectif est la nécessité pour deux personnes ou

If, as in this case, there is no basis in fact to show that at least someone can prove they fit within the class definition, the class cannot be certified because the criteria of “an identifiable class of 2 or more persons” is not met. No amount of expert evidence establishing that the defendants have harmed the class as a whole does away with this requirement.

[73] This is not to say that an identifiable class could never be found in similar circumstances as appear in this case. An identifiable class could be found if evidence was presented that provided some basis in fact that at least two persons could prove they had suffered individual harm. The problem in this case is that no such evidence was tendered.

[74] Justice Karakatsanis writes that “if no individual seeks an individual remedy, it will not be necessary to prove individual loss” (para. 97), and that the aggregate damages provisions of the *CPA* allow class actions to proceed “where *liability to the class* has been proven but individual membership in the class is difficult or impossible to determine” (para. 102 (emphasis in original)).

[75] As I understand it, Justice Karakatsanis’s point is that where liability to the class has been proven, there is no requirement to prove that any person is a member of a class or that any person has suffered individual damage. The necessary implication is that class proceeding legislation alters existing causes of action. For example, s. 36 of the *Competition Act* creates a cause of action for “[a]ny person who has suffered loss or damage”. My colleague’s approach would suggest a class action claim could proceed under s. 36 of the *Competition Act* without any person establishing that they had suffered loss or damage. However, the *CPA* neither creates a new cause of action nor alters the basis of existing causes of action. Rather, it allows claimants

plus d’être visées par la définition. Si, comme en l’espèce, aucun fondement factuel ne permet de démontrer que c’est le cas, le recours ne peut être certifié puisqu’il n’est pas satisfait au critère relatif à l’existence d’[TRADUCTION] « un groupe identifiable de 2 personnes ou plus ». Aucune preuve d’expert établissant le préjudice causé par les défenderesses au groupe en entier, si abondante soit-elle, ne pourrait faire disparaître cette exigence.

[73] Il ne s’ensuit pas qu’il sera toujours impossible de conclure à l’existence d’un groupe identifiable dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire. Un tribunal pourrait déterminer qu’il existe un groupe identifiable au vu de preuves établissant qu’un certain fondement factuel permet de croire qu’au moins deux personnes pourraient démontrer avoir subi un préjudice individuel. Ce qui pose problème en l’espèce, c’est l’absence d’une telle preuve.

[74] Selon ma collègue, « si personne ne cherche à obtenir une réparation individuelle, il ne sera pas nécessaire de prouver une perte individuelle » (par. 97) et les dispositions de la *CPA* autorisant l’octroi de dommages-intérêts globaux permettent que soit intenté un recours collectif dans le cas « où la *responsabilité envers le groupe* a été démontrée, mais où l’appartenance au groupe est difficile ou impossible à établir » (par. 102 (en italique dans l’original)).

[75] Si je comprends bien l’argument de ma collègue, dès lors que la responsabilité envers le groupe est démontrée, il n’est pas nécessaire de démontrer que quiconque appartient au groupe ou a subi un préjudice individuel. Il découlerait nécessairement de ce qui précède que la législation régissant les recours collectifs agit sur la cause d’action. Par exemple, l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* donne un droit de recours à « [t]oute personne qui a subi une perte ou des dommages ». Suivant la thèse de ma collègue, il pourrait y avoir recours collectif fondé sur l’art. 36 sans que qui que ce soit n’établisse avoir subi une perte ou des dommages. Or, la *CPA* n’a pas pour effet de modifier le fondement d’une cause d’action ni d’en créer de nouvelles; elle

with causes of action to unite and pursue their claims as a class.

[76] The aggregate damages provisions of the *CPA* allow the court to dispense with the need to calculate the quantum of damages for each individual class member and permits distribution of the proceeds on a *cy-près* basis rather than to individual members of the class. However, where the proposed certified causes of action require proof of loss as a component of proving liability, the certification judge must be satisfied that there is some basis in fact that at least two persons can prove they incurred a loss. Establishing that the class as a whole has suffered loss does not obviate this requirement.

(4) Conclusion on Identifiable Class

[77] The goal of the certification stage, as indicated by McLachlin C.J. in *Hollick*, is to determine if, procedurally, the action is best brought in the form of a class action (para. 16). In this case, given that the appellants did not show that there was some basis in fact to believe that at least two persons can establish they are members of the class, I am unable to answer that question in the affirmative.

[78] An advantage of a class proceeding is that it serves judicial economy by allowing similar individual actions to be aggregated (*Hollick*, at para. 15; *Dutton*, at para. 27). In my view, implicit in this objective is that the foundation upon which an individual action could be built must be equally present in the class action setting. That foundation is lacking here.

[79] I do not disagree with Justice Karakatsanis that behaviour modification can be an objective of class proceedings. However, the circumstances here demonstrate that class proceedings are not always the appropriate means of addressing behaviour modification. In cases in which loss or damage due to price-fixing cannot be proven, the appropriate

habilite les demandeurs ayant en commun une cause d'action à s'unir pour la faire valoir collectivement.

[76] Les dispositions de la *CPA* autorisant l'octroi de dommages-intérêts globaux évitent au tribunal le calcul des dommages-intérêts individuels et en permettent le versement suivant le principe de l'aussi-près, plutôt qu'aux membres du groupe. Cependant, dans les cas où les causes d'action proposées assujettissent la preuve de la responsabilité notamment à celle de la perte, le juge saisi de la demande de certification doit être convaincu qu'il existe un certain fondement factuel pour dire qu'au moins deux personnes sont en mesure de démontrer avoir essuyé une perte. Démontrer que le groupe en entier a subi le préjudice ne permet pas d'éliminer pareille exigence.

(4) Conclusion sur la question du groupe identifiable

[77] Comme le mentionne la juge en chef McLachlin dans *Hollick*, l'étape de la certification vise à déterminer si, sur le plan de la forme, il vaut mieux procéder par recours collectif (par. 16). En l'espèce, étant donné que les appelantes n'ont pas établi qu'un certain fondement factuel permettrait de croire qu'au moins deux personnes peuvent démontrer qu'elles sont membres du groupe, j'estime ne pas pouvoir répondre à cette question par l'affirmative.

[78] L'un des avantages du recours collectif est qu'il favorise l'économie des ressources judiciaires par le regroupement d'actions individuelles semblables (*Hollick*, par. 15; *Dutton*, par. 27). À mon sens, cet objectif implique que le fondement sur lequel reposerait le recours individuel doit pouvoir se transposer au recours collectif. Or, ce fondement fait défaut en l'espèce.

[79] Je ne suis pas en désaccord avec la juge Karakatsanis selon qui la modification des comportements peut constituer un objectif des recours collectifs. Or, la présente situation démontre qu'il ne convient pas toujours de procéder par recours collectif pour obtenir un tel résultat. S'il se révèle impossible d'établir la perte ou les dommages

recourse may be for the Commissioner of Competition to charge the defendants under the *Competition Act*. A process commenced by the Commissioner requires only proof of price-fixing. There is no need to prove passing on or that any particular consumer overpaid for a particular product. Whether the Competition Bureau intends to prosecute the respondents in this case is not known. Regardless, it does not change the fact that in a case such as this, where certification criteria cannot be met, such prosecutions may have to be considered if behaviour modification is the objective.

V. Conclusion

[80] Given the finding that an identifiable class cannot be established for the indirect purchasers, the class action as it relates to the indirect purchasers cannot be certified. I would dismiss the appeal with costs. Given the finding that the pleadings do not disclose a cause of action in constructive trust, the claim of the direct purchasers cannot succeed and should be dismissed. The class action as it relates to the direct purchasers cannot be certified. The cross-appeal is allowed with costs.

The reasons of Cromwell and Karakatsanis JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting on the appeal) —

I. Overview

[81] I disagree with my colleague's conclusion that the claim by the indirect purchasers fails to meet the certification requirement under s. 4(1)(b) of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (*CPA*). In my view, there is "some basis in fact" to find "an identifiable class of 2 or more persons". Accordingly, I would allow the appeal and remit the matter to the British Columbia Supreme Court for trial.

attribuables à la fixation des prix, il peut être opportun pour le commissaire de la concurrence de porter des accusations contre les défendeurs en vertu de sa loi habilitante. Lorsqu'il intente une poursuite, le commissaire n'a qu'à établir la fixation des prix. Point n'est besoin de démontrer le transfert de la perte ou de prouver qu'un consommateur donné a payé trop cher un certain produit. On ne sait pas si le Bureau de la concurrence poursuivra les intimées en l'espèce. Quoi qu'il en soit, cela ne change rien au fait que, dans un cas comme celui qui nous occupe, où il n'est pas satisfait aux critères de certification, il pourrait falloir envisager de telles poursuites si l'objectif recherché est la modification des comportements.

V. Conclusion

[80] Puisqu'il est conclu à l'impossibilité d'établir l'existence d'un groupe identifiable composé des acheteurs indirects, le recours collectif dans leur cas ne peut être certifié. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Vu ma conclusion que les actes de procédure ne révèlent pas de cause d'action relative à la reconnaissance d'une fiducie par interprétation, la demande des acheteurs directs est vouée à l'échec et doit être rejetée. Le recours collectif, quant aux acheteurs directs, ne peut être certifié. L'appel incident est accueilli avec dépens.

Version française des motifs des juges Cromwell et Karakatsanis rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente quant au pourvoi) —

I. Aperçu

[81] Je ne souscris pas à la conclusion de mon collègue selon laquelle le recours des acheteurs indirects ne satisfait pas à la condition de certification prévue à l'al. 4(1)(b) de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (*CPA*). Selon moi, un « certain fondement factuel » permet de conclure à l'existence d'un [TRADUCTION] « groupe identifiable de 2 personnes ou plus ». Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour instruction.

[82] The appellants' proposed class definition includes "all persons resident in British Columbia and elsewhere in Canada who purchased HFCS or products containing HFCS manufactured by the defendants (collectively, the 'class') from January 1, 1988 to June 30, 1995 (the 'Class Period')" (2010 BCSC 922 (CanLII), at para. 2).

[83] This class includes both the direct and indirect purchasers of high-fructose corn syrup (HFCS) — the subject of alleged price fixing. At issue is the identification of a class which would include indirect purchasers — the retailers and consumers — who purchased products containing HFCS.

[84] Justice Rothstein notes that this definition of the class appears to satisfy the requirements of an identifiable class on its face. It uses objective criteria; it does not turn on the merits of the claim; and it cannot be narrowed without excluding members who may have a valid claim (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 38). However, the class of indirect purchasers is challenged on the basis that individuals will be unable to determine whether they purchased a product containing HFCS and thus whether they are a member of the class. The issue of the appropriateness of the representative plaintiff is not before the Court.

[85] Justice Rothstein concludes that there is no basis in fact to identify a class because there is no or insufficient evidence that class members can be identified or can self-identify (paras. 58 and 65-67). He concludes that it is impossible for the indirect purchasers to prove they purchased a product containing HFCS and thus suffered loss.

[86] I have two objections to this conclusion. First, I am not persuaded that the requirement that the class be identifiable includes the requirement that individual members of the class be capable of proving individual loss. Indeed, as discussed below, the *CPA* provides for remedies when the *class* has

[82] La définition du groupe proposée par les appelantes comprend [TRADUCTION] « tous les résidents de la Colombie-Britannique et d'ailleurs au Canada qui ont acheté du SMHTF fabriqué par les défenderesses ou des produits en contenant (collectivement le "groupe") entre le 1^{er} janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la "période visée par le recours") » (2010 BCSC 922 (CanLII), par. 2).

[83] Ce groupe comprend à la fois les acheteurs directs et les acheteurs indirects du sirop de maïs à haute teneur en fructose (SMHTF) dont on aurait fixé le prix. Il faut se demander en l'espèce si un groupe qui comprendrait les acheteurs indirects, à savoir les détaillants et les consommateurs ayant acquis des produits contenant du SMHTF, peut être reconnu comme étant identifiable.

[84] Le juge Rothstein fait remarquer que cette définition du groupe semble a priori satisfaire aux exigences d'un groupe identifiable. Elle repose sur des critères objectifs, n'est pas fonction du bien-fondé du recours et ne peut être restreinte sans que soient exclus des membres susceptibles d'avoir un droit de recours valable (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 38). Cependant, un groupe incluant les acheteurs indirects est contesté au motif qu'il ne sera possible pour aucun d'eux de déterminer s'il a acheté un produit contenant du SMHTF et s'il est donc membre du groupe. La Cour n'est pas appelée à trancher la question de savoir si le choix de la représentante des demandeurs est convenable.

[85] Selon le juge Rothstein, aucun fondement factuel ne permet de reconnaître l'existence du groupe, parce que la preuve ne montre guère que les membres du groupe pourront être déterminés ou se reconnaître comme tels (par. 58 et 65-67). Il conclut qu'il est impossible pour les acheteurs indirects de prouver qu'ils ont acheté un produit contenant du SMHTF et qu'ils ont donc subi une perte.

[86] Je ne souscris pas à cette conclusion pour deux motifs. Premièrement, je ne suis pas convaincue que pour qu'il y ait un groupe identifiable, il faut que chacun des membres du groupe soit en mesure d'établir une perte individuelle. En fait, comme nous le verrons, la *CPA* prévoit que des mesures de

suffered harm that are available without proof of individual loss. Such an approach best serves the purposes of class proceedings, which are designed not only to provide enhanced access to justice and judicial economy, but also to motivate behaviour modification.

[87] Second, even if proof of individual loss is necessary to establish an identifiable class under the *CPA*, I do not agree that, on this record, it will be impossible to determine whether an individual is a member of the class.

[88] The application judge, Rice J., held that the appellants satisfied the requirement that there is an identifiable class. The Court of Appeal did not address this issue (2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55). For the reasons that follow, I conclude that there is no basis to set aside the decision of the application judge.

II. Class Requirements — General Principles

[89] Section 4(1)(b) of the *CPA* requires that there be “an identifiable class of 2 or more persons”.

[90] In *Dutton*, this Court addressed the specific certification requirement that there be an identifiable class (para. 38):

First, the class must be capable of clear definition. Class definition is critical because it identifies the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment. It is essential, therefore, that the class be defined clearly at the outset of the litigation. The definition should state objective criteria by which members of the class can be identified. While the criteria should bear a rational relationship to the common issues asserted by all class members, the criteria should not depend on the outcome of the litigation. It is not necessary that every class member be named or known. It is necessary, however, that any particular person’s claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria

réparation peuvent être accordées lorsque le *groupe* a subi un préjudice, sans qu’il soit nécessaire d’établir une perte individuelle. C’est là l’approche qui répond le mieux aux objectifs des recours collectifs, lesquels visent à favoriser non seulement l’accès à la justice et l’économie des ressources judiciaires, mais aussi la modification des comportements.

[87] Deuxièmement, même si la preuve d’une perte individuelle était nécessaire pour que soit établie l’existence d’un groupe identifiable sous le régime de la *CPA*, je ne crois pas, au vu du dossier, qu’il sera impossible de déterminer l’appartenance d’une personne donnée au groupe.

[88] Le juge saisi de la demande, le juge Rice, a conclu que les appelantes avaient satisfait à l’exigence relative à l’existence d’un groupe identifiable. La Cour d’appel n’a pas examiné cette question (2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55). Pour les motifs qui suivent, j’estime que rien ne permet d’annuler la décision du premier.

II. Conditions préalables à la reconnaissance du groupe — principes généraux

[89] Aux termes de l’al. 4(1)(b) de la *CPA*, il doit y avoir [TRADUCTION] « un groupe identifiable de 2 personnes ou plus ».

[90] Dans l’arrêt *Dutton*, la Cour examine la condition de certification relative à l’existence d’un groupe identifiable (par. 38) :

Premièrement, le groupe doit pouvoir être clairement défini. La définition du groupe est essentielle parce qu’elle précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement. Il est donc primordial que le groupe puisse être clairement défini au début du litige. La définition devrait énoncer des critères objectifs permettant d’identifier les membres du groupe. Les critères devraient avoir un rapport rationnel avec les revendications communes à tous les membres du groupe mais ne devraient pas dépendre de l’issue du litige. Il n’est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus. Il est toutefois nécessaire que l’appartenance d’une personne au groupe puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs

[91] Obviously, it is not sufficient to make a bald assertion that a class exists. The record must contain a sufficient evidentiary basis to establish the existence of the class (*Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (Ont. S.C.J.), at para. 23). But the evidentiary standard at the certification stage is not onerous: the applicant must establish that there is “some basis in fact” for each of the requirements (*Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25). This standard falls below the standard used in the United States and purposefully avoids a trial on the merits at the certification stage. See *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at para. 102.

III. Application to This Case

A. *The Record and Position of the Parties*

[92] The respondents led evidence establishing that prominent direct purchasers such as Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries and George Weston Limited have used both HFCS and liquid sugar in their products. At the time, the relevant laws permitted the use of a generic label indicating “sugar/glucose-fructose” for either type of sweetener. In many cases, the labels on the products sold in Canada by these direct purchasers did not reflect which sweetener was used. Indeed, the representative plaintiff stated on cross-examination that she did not know whether any product she purchased during the class period actually contained HFCS.

[93] HFCS was used in “products such as soft drinks, baked goods and other food products which [were] purchased by restaurants, grocery wholesalers, supermarkets, convenience stores, movie theatres and others” (appellants’ response factum, at para. 69). The appellants filed expert evidence and proposed methodology to show that the amount of HFCS used and the specific products which contained it are identifiable (*ibid.*, citing the Leitzinger Report, at paras. 10-11, 18-20 and 27). The expert evidence also provides specific industry research confirming that the use of HFCS in the soft-drink

[91] De toute évidence, il ne suffit pas de simplement affirmer qu’un groupe existe. Le dossier doit étayer suffisamment la déclaration (*Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 23). La norme de preuve applicable à l’étape de la certification n’est toutefois pas exigeante : le demandeur doit établir qu’« un certain fondement factuel » sous-tend chacune des conditions (*Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). Cette norme est moins rigoureuse que celle qui s’applique aux États-Unis, et vise expressément à éviter un examen au fond à l’étape de la certification. Voir *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 102.

III. Application à la présente affaire

A. *Le dossier et la position des parties*

[92] Les intimées ont produit une preuve établissant que d’importants acheteurs directs comme Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries et George Weston limitée ont utilisé tantôt du SMHTF tantôt du sucre liquide dans la confection de leurs produits. À l’époque, les lois applicables permettaient que le terme générique « sucre/glucose-fructose » désigne l’un ou l’autre édulcorant sur l’étiquette. Dans bien des cas, l’étiquette de produits vendus au Canada par ces acheteurs directs n’indiquait pas lequel des deux ingrédients avait été utilisé. En fait, en contre-interrogatoire, la demanderesse-représentante a dit ignorer si elle avait acheté un seul produit qui contenait bel et bien du SMHTF au cours de la période visée par le recours.

[93] Le SMHTF entrait dans la fabrication de [TRADUCTION] « denrées alimentaires comme les boissons gazeuses et les produits de boulangerie achetées par des restaurants, grossistes, supermarchés, dépanneurs, cinémas et autres établissements » (mémoire en réponse des appelantes, par. 69). Les appelantes ont déposé une preuve d’expert et proposé une méthode pour démontrer qu’il est possible d’établir la quantité de SMHTF utilisée et de déterminer les produits précis qui en contenaient (*ibid.*, citant le rapport de M. Leitzinger, par. 10-11, 18-20 et 27). La preuve

industry was more prevalent as time went on, and largely had replaced liquid sugar as early as two years into the class period (A.R., vol. II, at p. 94; Leitzinger Report, at para. 24).

[94] The respondents' position is that because HFCS was used interchangeably with liquid sugar, and because labeling requirements during the class period did not require food and beverage producers to specify which of the two sweeteners was contained in their products, indirect purchasers (retailers and consumers) would have had no way of determining whether the product contained HFCS, even if they had checked the label (factum of Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company, at paras. 99-100).

[95] The appellants submit that "although some class members may not be able to self-identify, class membership is determinable by reference to the nature of the purchases made by each individual and the quantity of HFCS in the products purchased" (response factum, at para. 71). Indeed, the industry research data suggests that such information may be more readily available for indirect purchasers who are commercial retailers with more consistent recording practices.

B. Class Identification Does Not Require That Individual Class Members Can Prove Individual Loss

[96] Justice Rothstein accepts that the class definition complies on its face with the *Dutton* criteria. However, he concludes that there is insufficient evidence to show that any persons will be able to determine if they bought a product containing HFCS and thus if they are a member of the class. My colleague says that if individuals cannot show they have suffered individual loss, this "subverts the purpose of class proceedings,

d'expert fait également état de travaux de recherche portant sur l'industrie des boissons gazeuses, lesquels confirment que l'utilisation du SMHTF était à la hausse depuis quelques années et que, deux ans après le début de la période visée par le recours, cette substance avait déjà largement remplacé le sucre liquide (d.a., vol. II, p. 94; rapport de M. Leitzinger, par. 24).

[94] Parce que le SMHTF et le sucre liquide étaient utilisés de façon interchangeable et que les règles d'étiquetage en vigueur au cours de la période visée par le recours n'obligeaient pas les fabricants d'aliments et de boissons à indiquer lequel des deux édulcorants entrainé dans la confection de leurs produits, les intimés font valoir que les acheteurs indirects (détaillants et consommateurs) n'auraient pu dire s'ils avaient acheté un produit contenant du SMHTF, même s'ils avaient vérifié l'étiquette (mémoire d'Archer Daniels Midland Company et d'ADM Agri-Industries Company, par. 99-100).

[95] Les appelantes soutiennent que [TRADUCTION] « même s'il est possible que certains membres ne puissent se reconnaître comme tels, l'appartenance au groupe peut s'établir eu égard à la nature des achats réalisés par chaque personne et à la quantité de SMHTF contenue dans les produits achetés » (mémoire en réponse, par. 71). En fait, selon des recherches sur cette industrie, ce genre de renseignements pourrait s'obtenir plus facilement pour les acheteurs indirects qui sont des commerçants au détail, habitués de ce fait à une tenue de livres rigoureuse, que pour les autres.

B. La détermination de l'appartenance au groupe n'exige pas que chacun des membres soit en mesure d'établir une perte individuelle

[96] Le juge Rothstein reconnaît que la définition du groupe satisfait a priori aux critères établis dans *Dutton*. Il conclut toutefois que la preuve ne suffit pas à démontrer qu'il sera possible pour quiconque de savoir s'il a acheté un produit contenant du SMHTF et s'il appartient donc au groupe. De l'avis de mon collègue, l'impossibilité pour des membres du groupe d'établir une perte individuelle « contrecarre l'objectif des recours collectifs, qui

which is to provide a more efficient means of recovery for plaintiffs *who have suffered harm* but for whom it would be impractical or unaffordable to bring a claim individually” (para. 67 (emphasis in original)).

[97] This is not the only purpose of class actions. Behaviour modification is an important goal, especially in price-fixing cases. While class proceedings are clearly intended to create a more efficient means of recovery for plaintiffs who have suffered harm, there are strong reasons to conclude that class proceedings are not limited to such actions. As I detail below, the CPA is designed to permit a means of recovery for the benefit of the class as a whole, without proof of individual loss, even where it is difficult to establish class membership. Thus, if no individual seeks an individual remedy, it will not be necessary to prove individual loss. Such class actions permit the disgorgement of unlawful gains and serve not only the purposes of enhanced access to justice and judicial economy, but also the broader purpose of behaviour modification. Therefore, I am not persuaded that it is a prerequisite that individual members of the class can ultimately prove individual harm. See, for example, *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271.

[98] An identifiable class serves to give individual members notice so that they can exercise their willingness to be a member and to claim relief. Nonetheless, there will often be circumstances where it is difficult for class members to self-identify based on the class definition.

[99] In *Dutton*, at para. 38, McLachlin C.J. held: “It is not necessary that every class member be named or known.” In *Risorto v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38 C.P.C. (6th) 373 (Ont. S.C.J.), Cullity J. held, at para. 31: “The fact that particular persons may have difficulty in proving that they satisfy the conditions for membership is often the case in class proceedings and

est d’offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs *ayant subi un préjudice* mais pour qui il serait irréaliste d’exercer un recours individuel ou qui n’ont pas les moyens de le faire » (par. 67 (en italique dans l’original)).

[97] Il ne s’agit pas là du seul objectif des recours collectifs. La modification des comportements en constitue un objet important, tout particulièrement en matière de fixation des prix. Si ce type d’action vise manifestement à offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs ayant subi un préjudice, il y a des raisons sérieuses de conclure que les recours collectifs ne se limitent pas à de tels effets. Comme nous le verrons en détail, la CPA est conçue de manière à donner un recours au groupe dans son ensemble, sans qu’il soit nécessaire de prouver une perte individuelle, même s’il est difficile d’établir l’appartenance au groupe. En conséquence, si personne ne cherche à obtenir une réparation individuelle, il ne sera pas nécessaire de prouver une perte individuelle. De tels recours collectifs permettent la restitution de gains provenant d’activités illégales et répondent non seulement aux objectifs d’accès à la justice et d’économie des ressources judiciaires, mais aussi à l’objectif général de modification des comportements. Je ne suis donc pas convaincue qu’il faut que chaque membre du groupe puisse, à terme, prouver un préjudice individuel. Voir, par exemple, *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271.

[98] La condition relative au groupe identifiable a pour objet d’informer les membres éventuels et ainsi permettre d’exprimer leur volonté d’appartenir au groupe et de demander réparation. Quoiqu’il en soit, il sera souvent difficile pour certaines personnes de s’estimer membres du groupe à la lumière de cette définition.

[99] Dans l’arrêt *Dutton*, la juge en chef McLachlin tient les propos suivants, au par. 38 : « Il n’est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus. » Dans *Risorto c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38 C.P.C. (6th) 373 (C.S.J. Ont.), le juge Cullity s’est exprimé en ces termes, au par. 31 : [TRADUCTION] « Il arrive souvent dans un recours collectif que

is not, by itself, a reason for a finding that the class is not identifiable.” See also *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (Ont. S.C.J.), at para. 28.

[100] As already noted, the statute provides for aggregate damages and *cy-près* awards that permit recovery and disgorgement of ill-gotten gains, without proof of individual loss and even where individual members cannot be identified. Section 29 of the *CPA* permits “an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant’s liability to class members”, upon certain conditions, including when:

- (c) the aggregate or a part of the defendant’s liability to some or all class members can reasonably be determined without proof by individual class members.

Section 31(1) of the *CPA* provides:

31(1) If the court makes an order under section 29 [for an aggregate monetary award], the court may further order that all or a part of the aggregate money award be applied so that some or all individual class or subclass members share in the award on an average or proportional basis if

- (a) it would be impractical or inefficient to
 - (i) identify the class or subclass members entitled to share in the award . . .

certaines personnes aient du mal à prouver qu’elles satisfont aux conditions d’appartenance et cela ne permet pas en soi de conclure que le groupe n’est pas identifiable. » Voir aussi *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (C.S.J. Ont.), par. 28.

[100] Comme nous l’avons vu, la Loi prévoit la possibilité d’accorder des dommages-intérêts globaux et de verser une indemnité suivant le principe de l’aussi-près (*cy-près doctrine*), qui permettent le recouvrement et la restitution de gains mal acquis, sans qu’il soit nécessaire de prouver une perte individuelle et même lorsque l’identité de certains membres ne peut être connue. En effet, suivant l’art. 29 de la *CPA*, [TRADUCTION] « [1]e tribunal peut fixer par ordonnance le montant global des dommages-intérêts quant à la totalité ou à une partie de la responsabilité pécuniaire d’un défendeur envers les membres du groupe, et rendre jugement en conséquence » si certaines conditions sont remplies, et notamment si :

- (c) la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers tous les membres du groupe ou certains d’entre eux peut raisonnablement être établie sans que des membres n’aient à en faire la preuve individuellement.

Le paragraphe 31(1) de la *CPA* prévoit :

[TRADUCTION]

31(1) S’il rend une ordonnance en vertu de l’article 29 [ordonnance fixant le montant global des dommages-intérêts], le tribunal peut également ordonner que la totalité ou une partie du montant global des dommages-intérêts soit affectée de façon que tous les membres du groupe ou du sous-groupe ou certains d’entre eux se partagent les dommages-intérêts selon la règle de la moyenne ou selon celle de la proportionnalité s’il estime à la fois

- (a) qu’il serait irréaliste ou inefficace
 - (i) soit d’identifier les membres du groupe ou du sous-groupe qui ont droit à une part du montant global des dommages-intérêts adjugés . . .

And s. 34 of the *CPA* provides:

34 . . .

- (3) The court may make an order under subsection (1) whether or not all the class or subclass members can be identified or all their shares can be exactly determined.
- (4) The court may make an order under subsection (1) even if the order would benefit
 - (a) persons who are not class or subclass members . . .

[101] Section 34 has been interpreted to authorize *cy-près* awards — awards made to charities in situations where some class members cannot be identified. Interpreting the equivalent Ontario provision, s. 26 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, Winkler J. remarked that this vision of the class determination permitted “a settlement that is entirely Cy pres” (*Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35 (Ont. S.C.J.), at para. 15 (emphasis added)). See also *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543 (S.C.J.), at paras. 15 and 17.

[102] And, while aggregate damages provisions are tools which are intended to be resorted to only upon an antecedent finding of liability (see *Pro-Sys*, at para. 131), they nonetheless permit access to justice and behaviour modification in cases where *liability to the class* has been proven but individual membership in the class is difficult or impossible to determine. The aggregate assessment of damages is an important common issue at the heart of the behaviour modification goal of class actions. It is a powerful tool for class actions.

Et l’art. 34 de la *CPA* prévoit :

[TRADUCTION]

34 . . .

- (3) Le tribunal peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (1), que tous les membres du groupe ou du sous-groupe soient identifiables ou non, ou que la part de chacun d’eux puisse être ou non établie exactement.
- (4) Le tribunal peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (1), même si cette ordonnance profiterait
 - (a) à des personnes qui ne sont pas membres du groupe ou du sous-groupe . . .

[101] Selon l’interprétation qui en a été donnée, l’art. 34 autorise le versement selon le principe de l’aussi-près — c’est-à-dire à des organismes de bien-faisance dans les situations où certains membres du groupe ne peuvent être connus. Le juge Winkler fait remarquer à propos de l’art. 26 de la *Class Proceedings Act, 1992*, L.O. 1992, ch. 6, la disposition équivalente en Ontario, que cette conception du groupe permettait que soit ordonné [TRADUCTION] « un règlement par versement suivant le principe de l’aussi-près exclusivement » (*Gilbert c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35 (C.S.J. Ont.), par. 15 (je souligne)). Voir aussi *Cassano c. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543 (C.S.J.), par. 15 et 17.

[102] Et, bien que leur application soit subordonnée à une conclusion préalable de responsabilité (voir *Pro-Sys*, par. 131), les dispositions autorisant l’octroi de dommages-intérêts globaux favorisent néanmoins l’accès à la justice et la modification des comportements dans les cas où la *responsabilité envers le groupe* a été démontrée, mais où l’appartenance au groupe est difficile ou impossible à établir. L’évaluation globale des dommages-intérêts constitue une question commune importante qui touche directement à l’objectif de modification des comportements des recours collectifs. Il s’agit d’un outil puissant en la matière.

[103] Thus, the legislation explicitly contemplates difficulties or, in some cases, impossibility in self-identification in the class procedural vehicle. Such difficulties have not been considered fatal to authorization under the *CPA* (in B.C. and in its equivalent in Ontario) provided that there is “some basis in fact” that the class exists and there is a rational connection between the class and the common issues. See, for example, *Lau*, at paras. 21-22, and *Steele*.

[104] This Court noted in *Dutton* that “any particular person’s claim to membership in the class [should] be determinable by stated, objective criteria” (para. 38). This requirement speaks to the need to clearly define the criteria for membership — not to the ability of a given individual to prove that they meet the criteria. Whether the claimants can prove their claim for an individual remedy is a separate issue that need not be resolved at the certification stage.

[105] Here, the record contains a sufficient evidentiary basis to establish the *existence* of the class (*Lau*, at para. 23). Direct purchasers of HFCS used it extensively in products that were sold widely to retailers and to consumers. Given the nature of a price-fixing case, loss flows directly from the purchase of HFCS, or, in the case of indirect purchasers, products containing HFCS. An individual who purchased such a product during the relevant time period would have the foundation for an individual suit. All indirect purchasers share the same basis for establishing harm. There is a rational connection between the class as defined and the asserted common issues. See *Ford v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758 (S.C.J.), at paras. 22-23; *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301 (Ont. S.C.J.), at para. 11.

[106] Nor is it seriously disputed that there is some basis in fact to show that indirect purchasers as a class were harmed by the alleged price fixing

[103] En conséquence, la loi prévoit expressément la possibilité qu’il soit difficile, voire impossible, pour certaines personnes de s’estimer visées par le mécanisme procédural du recours collectif. De telles difficultés n’ont pas été jugées fatales à la certification sous le régime de la *CPA* (en C.-B. et en Ontario), dans la mesure où l’existence d’un groupe repose sur un « certain fondement factuel » et où un lien rationnel entre le groupe et les questions communes est établi. Voir, par exemple, *Lau*, par. 21-22, et *Steele*.

[104] La Cour souligne dans *Dutton* que « l’appartenance d’une personne au groupe [devrait pouvoir] être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (par. 38). Cette exigence a trait à la nécessité de définir clairement les critères d’appartenance au groupe — et non à la capacité d’une personne donnée de prouver qu’elle y satisfait. Que les demandeurs puissent ou non établir le bien-fondé de leur demande de réparation individuelle est une question distincte n’ayant pas à être tranchée à l’étape de la certification.

[105] Le dossier en l’espèce étaye suffisamment l’*existence* du groupe (*Lau*, par. 23). Les acheteurs directs de SMHTF ont utilisé largement cet édulcorant dans la confection de produits qui ont été vendus à grande échelle aux détaillants et consommateurs. En matière de fixation des prix, la perte découle directement de l’achat du SMHTF, ou, dans le cas des acheteurs indirects, de produits en contenant. La personne ayant acheté un tel produit durant la période pertinente serait fondée à intenter une poursuite en son propre nom. Les acheteurs indirects ont en commun ce fondement pour établir le préjudice. Il existe un lien rationnel entre le groupe tel qu’il est défini et les questions communes énoncées. Voir *Ford c. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758 (C.S.J.), par. 22-23; *Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 11.

[106] Il n’est pas non plus contesté sérieusement qu’un certain fondement factuel permet de conclure que la fixation des prix reprochée a porté préjudice

and thus the members of the class suffered harm. The methodology proposed to establish the harm to the class members purports to ascertain an aggregate amount by which the class members were overcharged. Indeed, as Justice Rothstein finds, it has some basis in fact and there is a high probability that any award stemming from these proceedings would be distributed on a *cy-près* basis. This means that it may never be necessary or legally required to identify individual members of the class.

[107] For these reasons, I am not persuaded that the issue of whether an individual can prove individual loss is a necessary enquiry at certification. In sum, while class actions are a procedural vehicle, they are not *merely* procedural. They make possible claims that are very complex or could not be prosecuted individually, not only because it would be inefficient or unaffordable, but also because it may be extremely difficult to prove individual claims. The *CPA* does have substantive implications: it creates a remedy that recognizes that damages to the class as a whole can be proven, even when proof of individual members' damages is impractical, and that is available even if those who are not members of the class can benefit.

[108] I agree with Justice Rothstein that the aggregate damages provisions relate to the assessment of damages and cannot be used to establish liability. However, where proof of loss or detriment is essential to a finding of liability, for example in a cause of action under s. 36 of the *Competition Act*, or in tort, expert evidence may provide a credible and plausible method offering a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis. See *Pro-Sys*, at paras. 120 and 140. While these provisions do not create new causes of action, they permit individual members of the class to obtain remedies that may not be available to them on an individual suit because of difficulties of proving the extent of their individual loss. The aggregate damage

aux acheteurs indirects collectivement et donc que les membres du groupe ont subi un dommage. La méthode proposée pour démontrer le préjudice causé aux membres du groupe vise à établir le montant global du surcoût. En fait, comme le conclut le juge Rothstein, cette méthode repose sur un certain fondement factuel, et il est fort probable que le versement de toute indemnité ordonnée à l'issue de la présente instance sera effectué suivant le principe de l'aussi-près. Ainsi, il ne sera peut-être jamais nécessaire ni impératif en droit que les membres individuels du groupe soient connus.

[107] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincue qu'il faut à l'étape de la certification se demander s'il sera possible de prouver une perte individuelle. En somme, bien qu'ils constituent un mécanisme procédural, les recours collectifs ne ressortissent pas *simplement* à la procédure. Ils rendent possibles des réclamations très complexes ou hors de portée d'un justiciable seul, non seulement parce qu'une telle procédure se révélerait inefficace ou inabordable, mais aussi parce qu'il peut être extrêmement difficile de prouver les réclamations individuelles. La *CPA* a bel et bien des répercussions sur le fond : elle crée une réparation qui reconnaît que les préjudices causés au groupe dans son ensemble peuvent être prouvés, même si la preuve des préjudices individuels est irréaliste, et qui peut être ordonnée même si elle est susceptible de profiter à des non-membres.

[108] Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les dispositions autorisant l'octroi de dommages-intérêts globaux se rapportent à l'évaluation de la réparation et ne peuvent servir à établir la responsabilité. Cependant, lorsque celle-ci est subordonnée à la preuve de la perte ou des dommages, par exemple dans une action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ou une action en responsabilité délictuelle, la preuve d'expert peut présenter une méthode valable et acceptable offrant une possibilité réaliste d'établir la perte pour l'ensemble du groupe. Voir *Pro-Sys*, par. 120 et 140. Bien qu'elles ne créent pas de nouvelles causes d'action, ces dispositions permettent à chaque membre du groupe d'obtenir des

provision and *cy-près* awards promote behaviour modification and provide access to justice where it otherwise may be difficult to achieve.

[109] This Court cautioned in *Hollick* that class proceedings legislation should be construed generously and not narrowly to give life to the statute's purpose, namely to encourage judicial economy and access to justice, and to modify the behaviour of wrongdoers (paras. 14-15).¹

C. *Some Basis in Fact to Show That Individuals Could Prove Personal Loss/Class Members Are Identifiable*

[110] Justice Rothstein accepts the respondents' position and concludes that the appellants fail to provide evidence that would overcome the identification problem created by the fact that HFCS and liquid sugar were used interchangeably during the class period and that labeling at the time did not differentiate between them. He concludes that it appears impossible to show that an indirect purchaser had, in fact, bought a particular product that contained HFCS (para. 66). He found this failure fatal to the certification application.

[111] In my view, the record does not lead to the conclusion that it will be impossible to prove an individual is a member of the class — or that individual members of the group could not stand alone as plaintiffs. As I have explained, I do not agree that this is a necessary inquiry at the certification stage. Even so, I agree with the judge of

réparations qui lui seraient éventuellement refusées à l'issue d'une poursuite individuelle en raison des difficultés qu'il aurait à prouver l'étendue de sa propre perte. Les dispositions autorisant l'octroi de dommages-intérêts globaux et les versements suivant le principe de l'aussi-près favorisent la modification des comportements et l'accès à la justice dans les cas où ces objectifs pourraient par ailleurs se révéler difficiles à atteindre.

[109] La Cour souligne dans l'arrêt *Hollick* que les lois sur les recours collectifs doivent être interprétées libéralement, et non restrictivement, pour donner effet à l'objectif du législateur, à savoir favoriser l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification du comportement des malfaiteurs (par. 14-15).¹

C. *Un certain fondement factuel permet d'établir que chacun des membres pourrait prouver une perte individuelle et donc que l'appartenance au groupe est déterminable*

[110] Le juge Rothstein accepte la position des intimées et conclut que les appelantes n'ont pas produit de preuve susceptible de remédier au problème relatif à l'appartenance au groupe découlant de l'interchangeabilité des deux édulcorants pendant la période visée par le recours et du fait que les étiquettes à l'époque ne les distinguaient pas. Selon lui, il paraît impossible d'établir qu'un acheteur indirect avait bel et bien acquis un produit donné contenant du SMHTF (par. 66). Il a conclu que ce problème portait un coup fatal à la demande de certification.

[111] Le dossier ne mène pas à mon avis à la conclusion qu'il sera impossible de prouver l'appartenance au groupe — ou l'impossibilité pour les membres du groupe d'agir individuellement à titre de demandeurs. Comme je l'ai expliqué, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de répondre à cette question à l'étape de la certification. Cela étant dit, je

¹ Although the Court considered Ontario legislation in *Hollick*, similar reasoning has been adopted for British Columbian class action legislation (see, e.g., *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214, at para. 16).

¹ Bien que la Cour dans *Hollick* se soit penchée sur la loi ontarienne sur les recours collectifs, un raisonnement semblable a été adopté à l'égard de la loi équivalente de la Colombie-Britannique (voir, p. ex., *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214, par. 16).

first instance that there is “some basis in fact” to show that individual loss is capable of being proven.

[112] In effect, Justice Rothstein focuses on the difficulties that individual claimants will have to prove personal loss. Here, he accepts that expert evidence meets the standard of “some basis in fact” and consists of a credible and plausible model capable of proving harm on a class-wide basis. However, he is not satisfied that the evidence provides “some basis in fact” that there will be evidence capable of proving individual loss.

[113] Justice Rothstein’s conclusion sets the evidentiary standard too high. In this price-fixing case, personal loss will follow if indirect purchasers can prove that they purchased a product containing HFCS. Even at the merits stage, however, claimants will not have to prove *definitively* that they purchased a *particular* product that contained HFCS. Labeling — if indeed generic labeling was used throughout — is not the only way to prove an individual loss. It will be sufficient if the trial judge is satisfied, upon expert or other evidence, that an individual claimant *probably* purchased a product containing it.

[114] The requirement that there be an evidentiary foundation — or some basis in fact — to support the certification criteria does not include a preliminary merits test and does not require the plaintiffs to indicate the evidence upon which they will rely to prove these claims. “The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action” (see *Hollick*, at paras. 16 and 25).

[115] A claim under s. 36 of the *Competition Act* requires that the fact of loss — rather than the amount of loss — be proven in order to establish liability. As Justice Rothstein accepts, the expert

suis d’accord avec le juge de première instance pour dire qu’[TRADUCTION] « un certain fondement factuel » permet d’établir qu’une perte individuelle peut être prouvée.

[112] En fait, le juge Rothstein met l’accent sur les difficultés qu’auront les demandeurs à faire la preuve d’une perte individuelle. Il convient que la preuve d’expert en l’espèce satisfait à la norme du « certain fondement factuel » et propose une méthode valable et acceptable d’établir qu’un préjudice a été causé à l’échelle du groupe. Il n’est toutefois pas convaincu qu’« un certain fondement factuel » permet d’établir qu’une perte individuelle pourra être prouvée.

[113] Le juge Rothstein établit une norme de preuve trop exigeante. Dans la présente affaire, la perte individuelle sera démontrée si les acheteurs indirects sont en mesure de prouver avoir acquis un produit contenant du SMHTF. Néanmoins, même à l’étape de l’examen au fond, les demandeurs n’auront pas à démontrer, *preuves à l’appui*, avoir acheté un *certain* produit contenant du SMHTF. L’étiquette — si effectivement le terme générique figurait sur l’étiquette au cours de toute la période — n’est pas le seul moyen de prouver qu’une perte individuelle a été subie. Il suffira que le juge de première instance soit convaincu, à la lumière de la preuve, notamment d’expert, qu’un demandeur donné a *probablement* acheté un produit contenant l’édulcorant en question.

[114] L’exigence que chacun des critères de certification repose sur un certain fondement factuel n’emporte pas d’examen sommaire au fond du recours et n’exige pas l’énumération des éléments que les demandeurs présenteront à l’appui de la demande. « La question à cette étape n’est pas s’il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s’il convient de procéder par recours collectif » (voir *Hollick*, par. 16 et 25).

[115] Une demande fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* exige la preuve de la perte — et non celle du montant de la perte — pour l’établissement de la responsabilité. Le juge Rothstein

evidence in this case is capable of proving the fact of loss to the class. Here, the appellants have provided evidence and a framework capable of proving — on a balance of probabilities — that products containing HFCS were purchased. While it may prove challenging, there is “some basis in fact” to conclude that some indirect purchasers could prove that they *probably* purchased products that contained price-fixed HFCS during the relevant period. Evidence of market practices, the prevalence of the product, and the nature of the purchases may provide a sufficient basis for a trial judge to make the necessary findings.

[116] For example, the expert report tendered by the appellants, authored by Dr. Leitzinger, included the following information. The respondents jointly controlled the “vast majority of production” of HFCS and therefore likely possessed monopoly power (A.R., vol. II, at p. 81; Leitzinger Report, at para. 6). Soft drink manufacturers are the leading purchasers of HFCS, and HFCS products are purchased by restaurants, food wholesalers, grocery and convenience stores, cinemas, and others (paras. 10-11). The Canadian soft-drink industry “uses about 20 times as much HFCS as it does sugar as the sweetening agent” (para. 27), and the extent to which HFCS overcharges were passed on to indirect consumers could be analyzed using existing economic modeling techniques (paras. 56-57). Dr. Leitzinger expected that at least some of any overcharge for HFCS would have been passed on to indirect purchasers, and that the extent of the overcharge could be calculated using publicly available information together with discovery data (paras. 58-64 and 75-77).

[117] To take a simple example, since a significant proportion of soft drinks contain HFCS, a trial judge may have no difficulty in finding that wholesalers of soft drinks, grocery stores or even individual persons — all possible indirect purchasers of HFCS — *probably* purchased some products

convient que la preuve d’expert en l’espèce permet d’établir que le groupe a effectivement subi une perte. Les appelantes ont produit des éléments de preuve et un cadre permettant de démontrer — selon la prépondérance des probabilités — l’achat de produits contenant du SMHTF. Bien qu’une telle preuve puisse être difficile à faire, « un certain fondement factuel » permet de conclure que des acheteurs indirects pourraient établir qu’ils ont *probablement* acheté durant la période pertinente des produits contenant du SMHTF dont le prix a été fixé. La preuve des pratiques commerciales, de la forte présence de cet ingrédient et de la nature des achats pourrait suffire au juge de première instance pour tirer les conclusions nécessaires.

[116] À titre d’exemple, le rapport d’expert produit par les appelantes et établi par M. Leitzinger renfermait les renseignements suivants. Les intimées contrôlaient conjointement la [TRADUCTION] « majeure partie de la production » de SMHTF et détenaient donc vraisemblablement un monopole (d.a., vol. II, p. 81; rapport de M. Leitzinger, par. 6). Les fabricants de boissons gazeuses représentent les premiers acheteurs de SMHTF, et les restaurants, grossistes en denrées alimentaires, supermarchés et dépanneurs, cinémas et autres établissements achètent les produits contenant cet édulcorant (par. 10-11). L’industrie canadienne des boissons gazeuses « utilise environ 20 fois plus de SMHTF que de sucre » (par. 27), et la valeur de la majoration du prix du SMHTF transférée aux acheteurs indirects pourrait être évaluée suivant les techniques actuelles de modélisation économique (par. 56-57). Selon M. Leitzinger, au moins une partie de la majoration aura été refilee aux acheteurs indirects, et sa valeur pourrait être calculée à l’aide de données tombées dans le domaine public de même que de celles divulguées à l’enquête préalable (par. 58-64 et 75-77).

[117] Par exemple, puisqu’une proportion appréciable de boissons gazeuses contient du SMHTF, un juge de première instance n’aurait éventuellement aucune difficulté à conclure que des grossistes, des épiceries ou même des particuliers — qui sont tous des acheteurs indirects éventuels de SMHTF — ont

containing HFCS, and in determining the loss based upon the percentage of the products purchased that contained the substance.

[118] There was debate between the appellants' and the respondents' expert witnesses regarding the existence, extent and determinability of HFCS overcharges and pass-through to indirect consumers. However, the weighing of expert evidence is a matter for the trial on the merits. The point is simply that the appellants have tendered evidence which establishes some basis in fact to show that the proposed class is identifiable and that individual class members may be able to establish individual loss on a balance of probabilities, overcoming the identification problem to which Justice Rothstein refers (para. 65).

[119] And although the representative plaintiff, Wendy Bredin (formerly Weberg), could not state with certainty that she had purchased products containing HFCS, she and other individuals would be able to self-identify as potential plaintiffs based on knowledge of the products in which HFCS is known to have been commonly used. For indirect purchasers, such as wholesalers and grocery stores, the inquiry would likely be simplified, given the likelihood of more extensive record-keeping systems regarding purchases of products that likely contained HFCS.

[120] Thus, in my view, the evidentiary difficulties relied upon by my colleague and the respondents are not fatal to this certification application.

IV. Conclusion

[121] For these reasons, I agree with the application judge, Rice J., that the appellants have established that there is some basis in fact that there is an identifiable class in accordance with s. 4(1)(b) of the *CPA*. As for the other elements of certification discussed by Rothstein J., I agree with the reasons of my colleague.

probablement acheté certains produits contenant du SMHTF et à déterminer la perte subie, compte tenu du pourcentage des produits achetés contenant l'édulcorant en question.

[118] Les témoins experts des appelantes et des intimées ont débattu la réalité, la valeur et l'appréciabilité de la majoration du prix du SMHTF et de son transfert aux acheteurs indirects. Cependant, l'évaluation de la preuve d'expert relève du juge chargé de l'instruction sur le fond. Tout simplement, l'important c'est que les appelantes ont établi un certain fondement factuel permettant de conclure que le groupe proposé est identifiable et que chacun des membres du groupe pourrait être en mesure d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, une perte individuelle, ce qui remédierait au problème relatif à l'appartenance dont parle le juge Rothstein (par. 65).

[119] Et bien que la demanderesse-représentante, Wendy Bredin (auparavant Weberg), n'était pas certaine d'avoir acheté des produits contenant du SMHTF, elle et d'autres personnes pourront s'estimer membres éventuels si elles savent les produits dans la composition desquels il a été reconnu qu'entraînait régulièrement du SMHTF. Pour les acheteurs indirects comme les grossistes et les supermarchés, l'enquête serait sans doute plus simple encore, leurs livres constatant leurs achats de produits contenant vraisemblablement du SMHTF.

[120] À mon avis, les difficultés de preuve invoquées par mon collègue et les intimées ne portent donc pas un coup fatal à la demande de certification en l'espèce.

IV. Conclusion

[121] Pour ces motifs, je conviens avec le juge Rice, saisi de la demande, que les appelantes ont établi que l'existence d'un groupe identifiable, au sens où il faut entendre ce terme pour l'application de l'al. 4(1)(b) de la *CPA*, repose sur un certain fondement factuel. Quant aux autres critères de certification analysés par le juge Rothstein, je souscris aux motifs de ce dernier.

[122] I would allow the appeal with costs and remit the matter to the British Columbia Supreme Court for trial. I agree with Justice Rothstein's disposition of the cross-appeal.

[122] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de renvoyer l'affaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour instruction. Je souscris au dispositif proposé par le juge Rothstein dans l'appel incident.

APPENDIX: Common Issues Certified by Rice J.

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Rice

Breach of the *Competition Act*

Violation de la *Loi sur la concurrence*

- (a) Did the defendants, or any of them, engage in conduct which is contrary to s. 45 of the *Competition Act*? If yes, what was the duration of such conduct?
- (b) What damages, if any, are payable by the non-settling defendants to the Class Members pursuant to s. 36 of the *Competition Act*?
- (c) Should the non-settling defendants, or any of them, pay the full costs, or any, of the investigation into this matter pursuant to s. 36 of the *Competition Act*?

- a) Les défenderesses, ou l'une d'elles, se sont-elles livrées à un comportement allant à l'encontre de l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence*? Dans l'affirmative, pendant combien de temps?
- b) À combien s'établit le montant des dommages-intérêts que les défenderesses non parties aux règlements doivent verser, s'il y a lieu, aux membres du groupe en vertu de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*?
- c) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues d'assumer le coût en totalité ou en partie de l'enquête relativement à l'affaire aux termes de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*?

Conspiracy

Complot

- (d) Did the defendants, or any of them, conspire to harm the Class Members?
- (e) Did the defendants, or any of them, act in furtherance of the conspiracy?
- (f) Was the predominant purpose of the conspiracy to harm the Class Members?
- (g) Did the conspiracy involve unlawful acts?
- (h) Did the defendants, or any of them, know that the conspiracy would likely cause injury to the Class Members?
- (i) Did the Class Members suffer economic loss? If yes, what was the duration of such economic loss?
- (j) What damages, if any, are payable by the non-settling defendants, or any of them, to the Class Members?

- d) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles participé à un complot visant à causer un préjudice aux membres du groupe?
- e) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles agi en vue de la réalisation du complot?
- f) Le complot visait-il principalement à causer un préjudice aux membres du groupe?
- g) Les auteurs du complot ont-ils eu recours à des actes illégaux?
- h) Les défenderesses, ou l'une d'elles, savaient-elles que le complot causerait vraisemblablement un préjudice aux membres du groupe?
- i) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière? Dans l'affirmative, pendant combien de temps?
- j) Quel est le montant des dommages-intérêts, s'il en est, payables par les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, aux membres du groupe?

- (k) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

- k) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Tortious Interference with Economic Interests

- (l) Did the defendants, or any of them, intend to injure the Class Members?
- (m) Did the defendants, or any of them, interfere with the economic interests of the Class Members by unlawful or illegal means?
- (n) Did the Class Members suffer economic loss as a result of the defendants' interference? If yes, what was the duration of such economic loss?
- (o) What damages, if any, are payable by the non-settling defendants, or any of them, to the Class Members?
- (p) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

Atteinte délictuelle à des intérêts financiers

- l) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles eu l'intention de nuire aux membres du groupe?
- m) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles porté atteinte aux intérêts financiers des membres du groupe par des moyens illégaux?
- n) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière par suite de cette atteinte? Dans l'affirmative, pendant combien de temps?
- o) Quel est le montant des dommages-intérêts, s'il en est, payables par les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, aux membres du groupe?
- p) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Unjust Enrichment, Waiver of Tort and Constructive Trust

- (q) Have the non-settling defendants, or any of them, been unjustly enriched by the receipt of overcharges on the sale of HFCS?
- (r) Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the overcharges on the sale of HFCS?
- (s) Is there a juridical reason why the non-settling defendants, or any of them, should be entitled to retain the overcharges on the sale of HFCS?
- (t) What restitution, if any, is payable by the non-settling defendants, or any of them, to the Class Members based on unjust enrichment?
- (u) Should the non-settling defendants, or any of them, be constituted as constructive trustees in favour of the Class Members for all of the overcharges from the sale of HFCS?
- (v) What is the quantum of overcharges, if any, that the non-settling defendants, or any of them, hold in trust for the Class Members?

Enrichissement sans cause, renonciation au recours délictuel et fiducie par interprétation

- q) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, se sont-elles enrichies sans cause par suite de la majoration du prix du SMHTF?
- r) Les membres du groupe se sont-ils appauvris d'un montant égal à celui de la majoration du prix du SMHTF?
- s) Une cause juridique justifie-t-elle les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, de conserver le fruit de la majoration du prix du SMHTF?
- t) Quelle somme les défenderesses non parties au règlement, ou l'une d'elles, doivent-elles restituer aux membres du groupe, le cas échéant, sur le fondement de l'enrichissement sans cause?
- u) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, doivent-elles être constituées fiduciaires par interprétation au bénéfice des membres du groupe quant à la totalité de la majoration du prix du SMHTF?
- v) À combien se monte la majoration, s'il en est, que les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, détiennent en fiducie pour les membres du groupe?

- (w) What restitution, if any, is payable by the non-settling defendants to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (x) Are the non-settling defendants, or any of them, liable to account to the Class Members for the wrongful profits that they obtained on the sale of HFCS to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (y) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

Punitive Damages

- (z) Are the non-settling defendants, or any of them, liable to pay punitive or exemplary damages having regard to the nature of their conduct and if so, what amount and to whom?

Interest

- (aa) What is the liability, if any, of the non-settling defendants, or any of them, for court order interest?

Availability of Pass-Through Defence

- (bb) To what extent, if at all, are the non-settling defendants entitled to assert a pass-through defence to any or all of the Class Members' causes of action?

Distribution of Damages and/or Trust Funds

- (cc) What is the appropriate distribution of damages and/or trust funds and interest to the Class Members and who should pay for the cost of that distribution?
- (dd) Are the non-settling defendants, or any of them, liable to account to the Class Members for the wrongful profits that they obtained on the sale of HFCS to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (ee) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount? [A.R., vol. I, at pp. 69-71]

- w) Quelle somme, s'il en est, les défenderesses non parties aux règlements doivent-elles restituer aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- x) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues de comptabiliser à l'intention des membres du groupe les profits illégitimes réalisés par la vente du SMHTF aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- y) Le montant de la restitution peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Dommages-intérêts punitifs

- z) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues de verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires eu égard à la nature de leur comportement et, dans l'affirmative, quel est ce montant et qui en sont les bénéficiaires?

Intérêts

- aa) Quelle obligation, s'il en est, les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, ont-elles de verser l'intérêt dont le paiement est ordonné par le tribunal?

Possibilité d'invoquer le transfert de la perte en défense

- bb) Dans quelle mesure, le cas échéant, les défenderesses non parties aux règlements peuvent-elles opposer le transfert de la perte aux causes d'action des membres du groupe?

Distribution des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie

- cc) Quel est le bon mode de distribution aux membres du groupe des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie et de l'intérêt, et qui doit assumer le coût de cette distribution?
- dd) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues de comptabiliser pour les membres du groupe les profits illégitimes réalisés par la vente du SMHTF aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- ee) Le montant de la restitution peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il? [d.a., vol. I, p. 69-71]

Appeal dismissed with costs, CROMWELL and KARAKATSANIS JJ. dissenting. Cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company: Norton Rose Fulbright, Toronto; Nash & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., formerly known as American Maize-Products Company and Cargill Limited: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., formerly known as CPC International, Inc., Casco Inc. and Unilever PLC doing business as Unilever Bestfoods North America: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CROMWELL et KARAKATSANIS sont dissidents. Pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes/intimées au pourvoi incident : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Archer Daniels Midland Company et ADM Agri-Industries Company : Norton Rose Fulbright, Toronto; Nash & Company, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous le nom d'American Maize-Products Company et Cargill Limitée : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., auparavant connue sous le nom de CPC International, Inc., Casco Inc. et Unilever PLC faisant affaire sous la dénomination d'Unilever Bestfoods North America : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

**Infineon Technologies AG and
Infineon Technologies North America
Corp.** *Appellants*

v.

**Option consommateurs and Claudette
Cloutier** *Respondents*

and

**Canadian Federation of Independent
Grocers** *Intervener*

**INDEXED AS: INFINEON TECHNOLOGIES AG v.
OPTION CONSOMMATEURS**

2013 SCC 59

File No.: 34617.

2012: October 17; 2013: October 31.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil procedure — Class actions — Jurisdiction of Quebec court — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Whether Quebec courts have jurisdiction over dispute between international manufacturers and group consisting of direct and indirect purchasers located in Quebec given that alleged wrongdoing that forms basis of claim occurred outside Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3148(3).

Civil procedure — Class actions — Conditions for authorizing action — Direct and indirect purchasers — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Proposed group consisting of direct and indirect purchasers who suffered losses by absorbing, in whole or in part, inflated portion of price — Whether common questions arise — Whether cause of action can be

**Infineon Technologies AG et
Infineon Technologies North America
Corp.** *Appelantes*

c.

**Option consommateurs et Claudette
Cloutier** *Intimées*

et

**Fédération canadienne des épiciers
indépendants** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : INFINEON TECHNOLOGIES AG c.
OPTION CONSOMMATEURS**

2013 CSC 59

N° du greffe : 34617.

2012 : 17 octobre; 2013 : 31 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Recours collectifs — Compétence du tribunal québécois — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Les tribunaux québécois ont-ils compétence sur un litige opposant des fabricants internationaux et un groupe d'acheteurs directs et indirects se trouvant au Québec, alors que l'acte fautif allégué à l'origine de la demande a été commis à l'extérieur du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3148(3).

Procédure civile — Recours collectifs — Conditions d'autorisation du recours — Acheteurs directs et indirects — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Groupe proposé formé des acheteurs directs et indirects qui ont subi des pertes en absorbant, en tout ou en partie, la portion gonflée du prix — Existe-t-il des questions communes? — Une

rooted in passing on of artificially inflated prices resulting from anti-competitive practices — Whether it is sufficient to prove aggregate loss at authorization stage — Whether representative and designated member are qualified to adequately represent members of proposed group — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1003, 1048.

The appellant companies are manufacturers of DRAM, which is a microchip that allows information to be electronically stored and rapidly retrieved. DRAM is commonly used in a wide range of electronic devices. The appellants sell DRAM through a number of distribution channels to original equipment manufacturers (“OEMs”), such as Dell Inc. OEMs insert the chips into various electronic products they manufacture, which are in turn sold either to intermediaries in the distribution chain or directly to final consumers. The appellants have acknowledged their participation in an international conspiracy to suppress and eliminate competition by fixing the prices of DRAM to be sold to OEMs. They were heavily fined both in the United States and in Europe for their respective roles in the conspiracy.

Option consommateurs applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against the appellants in order to recover damages in this regard on behalf of the members of the affected class. The group comprises direct and indirect purchasers who suffered losses by absorbing, in whole or in part, the inflated portion of the price of DRAM sold in Quebec. Its claim is based upon allegations that the appellants failed to discharge statutory obligations under the *Competition Act* and that their conduct amounted to a fault giving rise to civil liability under the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). In its motion for authorization of the class action, Option consommateurs designated C as a member of the group. C is a resident of Montréal who purchased a personal computer containing DRAM on Dell’s website with her credit card. The motion judge held that the Superior Court did not have territorial jurisdiction to hear the class action. In any event, he would have dismissed the motion for authorization on the merits, because he was of the view that the requirements of arts. 1003(b), 1003(d) and 1048 of the *Code of Civil Procedure* (“C.C.P.”) were not satisfied. On appeal, the Court of Appeal set that decision aside and granted the motion for authorization to institute the class action.

cause d’action peut-elle prendre sa source dans le transfert de hausses artificielles de prix causées par un comportement anticoncurrentiel? — Suffit-il de démontrer une perte globale à l’étape de l’autorisation? — La représentante et le membre désigné ont-ils qualité pour représenter adéquatement les membres du groupe? — Y a-t-il lieu d’autoriser le recours collectif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003, 1048.

Les appelantes sont des sociétés qui fabriquent la DRAM, une micropuce qui permet de stocker électriquement l’information et de la récupérer rapidement. La DRAM est couramment utilisée dans une grande variété d’appareils électroniques. Les appelantes vendent la DRAM par l’intermédiaire d’un certain nombre de canaux de distribution à des fabricants d’équipement d’origine (« FEO »), comme Dell Inc. Les FEO incorporent les puces dans divers produits électroniques qu’ils fabriquent, qui sont ensuite vendus soit à des intermédiaires au sein du canal de distribution, soit directement aux consommateurs finaux. Les appelantes ont reconnu leur participation à un complot international en vue de supprimer et d’éliminer la concurrence en fixant les prix de la DRAM devant être vendue à des FEO. Elles ont été condamnées aux États-Unis et en Europe à de lourdes amendes pour leur rôle respectif dans le complot.

Option consommateurs a présenté une requête devant la Cour supérieure afin d’obtenir l’autorisation d’exercer un recours collectif contre les appelantes pour recouvrer des dommages-intérêts au nom des membres du groupe touché. Le groupe est formé des acheteurs directs et indirects qui ont subi des pertes en absorbant, en tout ou en partie, la portion gonflée du prix de la DRAM vendue au Québec. Sa demande repose sur des allégations selon lesquelles les appelantes n’ont pas rempli les obligations que leur imposait la *Loi sur la concurrence* et que leur conduite équivalait à une faute entraînant la responsabilité civile sous le régime du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Dans sa requête pour autorisation d’exercer un recours collectif, Option consommateurs a désigné C à titre de membre du groupe. C, une résidente de Montréal, avait acheté un ordinateur personnel équipé de DRAM par l’entremise du site Web de Dell et l’avait payé par carte de crédit. Le juge saisi de la requête a conclu que la Cour supérieure n’avait pas compétence territoriale pour entendre le recours collectif. Quoi qu’il en soit, il aurait rejeté la requête pour autorisation sur le fond, estimant que les exigences des al. 1003(b) et 1003(d) et de l’art. 1048 du *Code de procédure civile* (« C.p.c. ») n’avaient pas été respectées. La Cour d’appel a infirmé cette décision et accueilli la requête en autorisation d’exercer le recours collectif.

Held: The appeal should be dismissed.

On the basis of the facts as alleged, the Quebec courts have jurisdiction to decide whether the class action should be authorized under art. 1003 of the *C.C.P.* Article 3148(3) of the *C.C.Q.* confers jurisdiction on a Quebec authority in a personal action of a patrimonial nature where “a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec”. Damage suffered in Quebec is an independent connecting factor: the damage does not need to be tied to the locus of the injury or of the fault. Also, the plain language of art. 3148(3) does not preclude economic damage from serving as a connecting factor, nor is the recovery of a purely economic loss prohibited in Quebec civil law.

In the instant case, the economic damage was allegedly suffered by C — not merely recorded — in Quebec. More specifically, the damage was allegedly suffered as a result of the contract between Dell and C. Although the contract is not in fact the source of the cause of action in this case, which is extracontractual in nature, it is a juridical fact that establishes where the alleged economic damage occurred: the conclusion of the contract is the event that fixes the “*situs*” of the material damage suffered in Quebec. As a result, the contract is relevant, regardless of the fact that none of the appellants were parties to it, to the determination of whether the Quebec courts have jurisdiction in this case. C’s pecuniary loss flowed directly from her contract with Dell, which is deemed under Quebec’s *Consumer Protection Act* to have been made in Quebec. The resulting economic damage did not merely have a remote effect on C’s patrimony in Quebec; rather, she suffered it in Quebec upon entering into the contract in that province, and this brought her claim within the scope of art. 3148(3) of the *C.C.Q.*

At the stage of authorization of a class action, the court plays the role of a filter. It need only satisfy itself that the applicant has succeeded in meeting the criteria set out in art. 1003 of the *C.C.P.*, bearing in mind that the threshold provided for in that article is a low one. The authorization process does not amount to a trial on the merits. Although the claim may in fact ultimately fail, the action should be allowed to proceed if the applicant has an arguable case in light of the facts and the applicable law. In this case, the motion for authorization alleges sufficient facts to demonstrate the elements required under art. 1003 of the *C.C.P.*

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En raison des faits allégués, les tribunaux québécois ont compétence pour décider si le recours collectif devrait être autorisé sur le fondement de l’art. 1003 *C.p.c.* Le paragraphe 3148(3) *C.c.Q.* confère compétence aux autorités québécoises dans les actions personnelles à caractère patrimonial lorsqu’« [u]ne faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s’y est produit ou l’une des obligations découlant d’un contrat devait y être exécutée ». Le préjudice subi au Québec constitue un facteur de rattachement indépendant : il n’est pas nécessaire que le préjudice soit lié à l’endroit où le fait dommageable a été subi ou la faute commise. De plus, le libellé clair du par. 3148(3) n’empêche pas le préjudice économique de servir de facteur de rattachement, et le droit civil québécois n’interdit pas non plus l’indemnisation de la perte purement économique.

En l’espèce, le préjudice économique aurait été subi par C — et non simplement comptabilisé — au Québec. Plus précisément, il découlerait du contrat intervenu entre elle et Dell. Bien que ce contrat ne soit pas, en fait, à l’origine de la cause d’action dans la présente affaire, qui est de nature extracontractuelle, il constitue un fait juridique établissant le lieu où le préjudice économique allégué s’est produit : la conclusion du contrat représente l’événement qui fixe le *situs* du préjudice matériel subi au Québec. En conséquence, le contrat s’avère pertinent pour décider si les tribunaux québécois ont compétence en l’espèce, sans égard au fait qu’aucune des appelantes n’y était partie. La perte financière de C découlait directement de son contrat intervenu avec Dell, qui est réputé, aux termes de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, avoir été conclu dans cette province. Le préjudice économique causé par ce contrat n’a pas simplement entraîné un effet à distance sur le patrimoine de C au Québec, mais il a été subi au Québec lors de la conclusion du contrat dans cette province, d’où l’application du par. 3148(3) *C.c.Q.* à la demande de cette dernière.

À l’étape de l’autorisation d’un recours collectif, le tribunal exerce un rôle de filtrage. Il doit simplement s’assurer que le requérant a réussi à satisfaire aux critères de l’art. 1003 *C.p.c.*, sans oublier le seuil d’application peu élevé que prévoit cette disposition. La procédure d’autorisation ne constitue pas un procès sur le fond. Même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable. En l’espèce, la requête en autorisation allègue des faits suffisants pour démontrer les éléments requis à l’art. 1003 *C.p.c.*

Option consommateurs has met the requirement that there be sufficient common questions for the purposes of art. 1003(a). There are no differences between the members of the proposed group at the authorization stage that adversely affect the unity of the group. All the members, regardless of their individual circumstances, have a common interest both in proving the existence of a price-fixing conspiracy and in maximizing the amount of the resulting unlawful overcharge. Any disparity between the direct purchasers' relationships with the appellants and those of the indirect purchasers does not alter the fact that they have a collective interest in the questions of fault and liability. Any conflicts of interests can be addressed at trial.

With respect to the requirement of art. 1003(b) of the *C.C.P.* that "the facts alleged seem to justify the conclusions sought", Option consommateurs has made out an arguable case in support of its claim of the appellants' extracontractual liability. It has discharged its burden with respect to the demonstration of fault, injury and causation. The allegations set out in the motion for authorization are sufficient to support an inference of fault, given the relatively low standard to be met at the authorization stage. Although the allegations and supporting documentation do not explicitly establish the commission of wrongful behaviour in Quebec, they certainly do point to the international nature of the conspiracy to fix the price of DRAM and to the suffering of damage outside the United States. It is not unreasonable to infer that anti-competitive practices in the United States that have an impact on large multinational corporations and on a DRAM market that is international in scope might — indeed are likely to — affect consumers in Quebec. Further, Option consommateurs does not need to prove liability under s. 45 of the *Competition Act* at this stage of the proceedings, given the nature of the claim and the evidence that has already been adduced. Its claim of undue economic impact under s. 45 is relevant only to the extent that a violation of the statutory scheme can give rise to extracontractual liability under art. 1457 of the *C.C.Q.*

Option consommateurs has also discharged the burden of demonstrating that C and the other members of the proposed group suffered an injury as a result of the appellants' anti-competitive conduct. The passing on of price increases can ground a class action where the members of the group include direct purchasers. The policy considerations that militate against the defence

Option consommateurs a satisfait à la condition de la suffisance des questions communes établie à l'al. 1003a). Aucune différence entre les membres du groupe proposé à l'étape de l'autorisation ne porte atteinte à l'unité du groupe. Tous les membres, sans égard à leur situation personnelle, possèdent en commun l'intérêt tant de prouver l'existence d'un complot de fixation des prix que de maximiser le montant des pertes résultant de la surfacturation illégale. Les différences entre les relations des acheteurs directs avec les appelantes et celles des acheteurs indirects ne modifient en rien leur intérêt collectif à l'égard des questions de faute et de responsabilité. Toute question relative aux conflits d'intérêts peut être traitée au procès même.

En ce qui concerne l'exigence de l'al. 1003b) *C.p.c.* que « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées », Option consommateurs a présenté une cause défendable à l'appui de sa prétention invoquant la responsabilité extracontractuelle des appelantes. Elle s'est acquittée du fardeau relatif à la démonstration de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Les allégations formulées dans la requête en autorisation sont suffisantes pour inférer une faute, compte tenu de la norme relativement peu exigeante s'appliquant à l'étape de l'autorisation. Bien que les allégations et la documentation à l'appui n'établissent pas explicitement l'existence d'un comportement fautif au Québec, elles mettent certainement en lumière le caractère international du complot de fixation du prix de la DRAM et le fait que le préjudice a été subi aussi à l'extérieur des États-Unis. Il n'est pas déraisonnable de conclure que des pratiques anticoncurrentielles aux États-Unis entraînant des répercussions sur de grandes entreprises multinationales et le marché de la DRAM, de portée internationale, pourraient peut-être, voire probablement, toucher les consommateurs québécois. Par ailleurs, Option consommateurs n'est pas tenue de prouver la responsabilité en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence* à la présente étape du recours, en raison de la nature de la demande et de la preuve déjà présentée. Son argument fondé sur les répercussions économiques indues, reposant sur l'art. 45, ne demeure pertinent que dans la mesure où un manquement au régime législatif peut entraîner une responsabilité extracontractuelle aux termes de l'art. 1457 *C.c.Q.*

Option consommateurs s'est aussi acquittée du fardeau de démontrer que C et les autres membres du groupe proposé ont subi un préjudice par suite du comportement anticoncurrentiel des appelantes. Le transfert des hausses de prix peut fonder un recours collectif dont les membres du groupe comprennent des acheteurs directs. Les considérations de politique juridique qui

of passing on at common law should favour, in the civil law of Quebec, compensation for a loss that has been passed on to a plaintiff. In the instant case, there is no risk of double recovery, since the direct and indirect purchasers would be combined in a single group that would make a single collective claim of an aggregate loss. It is not necessary at the authorization stage to prove that each member of the group suffered a loss. As well, the evidentiary standard for demonstrating passing through is no different than the one for demonstrating an aggregate loss. The applicant must establish an arguable case that losses were passed on. Given this low threshold, the applicant is neither expected nor required to adduce expert testimony and advance a sophisticated methodology. At this early stage, the aggregate loss alleged by Option consommateurs and supported by the exhibits is enough to meet the burden of an arguable case. If at trial Option consommateurs is unable to demonstrate how the loss was passed on to the indirect purchasers and how it is to be calculated, the action might fail at that stage.

To establish causation under art. 1457 of the *C.C.Q.*, the damage must be shown to be a direct consequence of the injurious act, but the plaintiff need not be the immediate victim of that act in order to recover. At the authorization stage, the applicant needs only to present an arguable case that the loss was a direct result of the alleged misconduct. In this case, although the indirect purchasers may be indirect victims, the injury they allegedly suffered was a direct result of the appellants' anti-competitive conduct.

Finally, regarding the requirement of adequate representation, it would be contrary to the spirit of art. 1003(d) of the *C.C.P.* to deny authorization for the proposed group of purchasers of DRAM on the basis of a potential conflict of interests between members of the group. The record does not suggest that Option consommateurs and C are undertaking and conducting the proceedings dishonestly or that they have failed to disclose material facts that would reveal a conflict with other members. Further, the class members clearly share a common interest in establishing the aggregate loss and in maximizing the amount of this loss. Much like art. 1003, art. 1048 of the *C.C.P.* is intended to be a flexible gatekeeper. Where a legal person applies to represent a class, art. 1048 directs that its mission be

militer contre le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte en common law devraient favoriser, en droit civil québécois, l'indemnisation de la perte transférée à un demandeur. Dans la présente affaire, il n'existe aucun risque de double indemnisation puisque les acheteurs directs et indirects seraient réunis dans un même groupe qui présenterait une seule et même réclamation collective visant une perte globale. À l'étape de l'autorisation, il n'est pas nécessaire de prouver que chaque membre du groupe a subi une perte. En outre, la norme de preuve applicable pour démontrer le transfert de la perte ne diffère pas de celle qui s'applique pour démontrer la perte globale. Le requérant doit en effet établir qu'il est possible de soutenir que des pertes ont été transférées. Compte tenu de ce seuil peu élevé, il ne faut pas s'attendre à ce que le requérant présente des témoignages d'expert et propose une méthodologie sophistiquée, ni l'exiger de sa part. À cette étape initiale, la perte globale alléguée par Option consommateurs et appuyée par les pièces suffit à cette dernière pour s'acquitter du fardeau de présenter une cause défendable. Au procès, si Option consommateurs n'est pas en mesure de démontrer comment la perte a été transférée aux acheteurs indirects ni comment elle doit être calculée, le recours collectif pourrait être rejeté à cette étape.

Pour établir le lien de causalité prévu à l'art. 1457 *C.c.Q.*, il faut démontrer que le préjudice constitue une suite directe du fait dommageable, mais, pour pouvoir obtenir réparation, le demandeur ne doit pas forcément être la victime immédiate du fait en question. À l'étape de l'autorisation, le requérant n'a qu'à démontrer qu'il est possible de soutenir que la perte était le résultat direct de l'inconduite reprochée. En l'espèce, bien que les acheteurs indirects puissent être des victimes par ricochet, le préjudice qu'ils allèguent avoir subi représentait le résultat direct du comportement anticoncurrentiel des appelantes.

Enfin, pour ce qui est de l'exigence d'une représentation adéquate, il serait contraire à l'esprit de l'al. 1003d) *C.p.c.* de refuser l'autorisation au groupe proposé d'acheteurs de DRAM sur le fondement d'un éventuel conflit d'intérêts entre les membres du groupe. Le dossier n'indique pas qu'Option consommateurs et C ont intenté le recours et le mènent d'une manière malhonnête ou qu'elles ont omis de divulguer des faits importants qui révéleraient un conflit avec d'autres membres. En outre, les membres du groupe partagent manifestement l'intérêt commun d'établir la perte globale du groupe et d'en maximiser le montant. À l'instar de l'art. 1003, l'art. 1048 *C.p.c.* joue le rôle d'un gardien conciliant. Lorsqu'une personne morale demande à représenter le groupe, l'art. 1048 exige qu'elle remplisse

connected not with the interests of all members of the class, but merely with those of one of the members. Since C is a member of Option consommateurs and of the proposed group, art. 1048 does not prohibit Option consommateurs from representing the interests of the members in this case.

Cases Cited

Distinguished: *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII); *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; **approved:** *Hubert v. Merck & Co. Inc.*, 2007 QCCS 3291 (CanLII); **referred to:** *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966; *Banque de Montréal v. Hydro Aluminum Wells Inc.*, 2004 CanLII 12052; *Thompson v. Masson*, [1993] R.J.Q. 69; *Royal Bank of Canada v. Capital Factors Inc.*, [2004] Q.J. No. 11841 (QL); *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Sterling Combustion inc. v. Roco Industrie inc.*, 2005 QCCA 662 (CanLII); *Option Consommateurs v. British Airways PLC*, 2010 QCCS 140 (CanLII); *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Nault v. Canadian Consumer Co. Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Château v. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625; *Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500; *Nadon v. Ville d'Anjou*, [1994] R.J.Q. 1823; *Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437 (CanLII); *Martin v. Telus Communications Co.*, 2010 QCCA 2376 (CanLII); *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Berdah v. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417; *Breslaw v. Montreal (City)*, 2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131; *Option Consommateurs v. Novopharm Ltd.*, 2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350; *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII); *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Guilbert v. Vacances sans Frontière Ltée*, [1991] R.D.J. 513; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1,

un mandat qui soit lié, non pas à l'intérêt de tous les membres du groupe, mais simplement à celui de l'un de ses membres. Puisque C est membre d'Option consommateurs et du groupe proposé, l'art. 1048 n'interdit pas à Option consommateurs de représenter en l'espèce les intérêts des membres.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII); *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; **arrêt approuvé :** *Hubert c. Merck & Co. Inc.*, 2007 QCCS 3291 (CanLII); **arrêts mentionnés :** *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966; *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, 2004 CanLII 12052; *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69; *Royal Bank of Canada c. Capital Factors Inc.*, [2004] Q.J. No. 11841 (QL); *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Sterling Combustion inc. c. Roco Industrie inc.*, 2005 QCCA 662 (CanLII); *Option Consommateurs c. British Airways PLC*, 2010 QCCS 140 (CanLII); *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Château c. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625; *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500; *Nadon c. Ville d'Anjou*, [1994] R.J.Q. 1823; *Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367; *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376 (CanLII); *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417; *Breslaw c. Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131; *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, 2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350; *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII); *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Guilbert c. Vacances sans Frontière Ltée*, [1991] R.D.J. 513; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Colombie-Britannique c. Canadian Forest*

[2007] 1 S.C.R. 3; *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Regroupement des citoyens contre la pollution v. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Croteau v. Air Transat A.T. inc.*, 2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Black v. Place Bonaventure inc.* (2004), 41 C.C.P.B. 181; *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. v. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446 (CanLII); *Bourgoin v. Bell Canada inc.*, 2007 QCCS 6087 (CanLII); *Rosso v. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2010 BCSC 922 (CanLII); *Association des résidents riverains de la Lièvre inc. v. Canada* (Procureur général), 2006 QCCS 5661 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1385 to 1388, 1457, 1607, 3148(3), 3168.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 93, 999, 1002 [am. 2002, c. 7, s. 150], 1003, 1010, 1031 to 1033, 1048.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 36, 45.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 20 [rep. 2006, c. 56, s. 3], 21 [idem], 54.1, 54.2.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
 Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
 L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
 Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal: Thémis, 1996.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Pelletier and Kasirer JJ.A.), 2011 QCCA 2116, [2011] Q.J. No. 16769 (QL), 2011 CarswellQue 12645, SOQUIJ AZ-50805798, setting aside a decision of Mongeau J., 2008 QCCS

Products Ltd., 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Croteau c. Air Transat A.T. inc.*, 2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Black c. Place Bonaventure inc.* (2004), 41 C.C.P.B. 181; *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446 (CanLII); *Bourgoin c. Bell Canada inc.*, 2007 QCCS 6087 (CanLII); *Rosso c. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2010 BCSC 922 (CanLII); *Association des résidents riverains de la Lièvre inc. c. Canada* (Procureur général), 2006 QCCS 5661 (CanLII).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1385 à 1388, 1457, 1607, 3148(3), 3168.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 93, 999, 1002 [mod. 2002, ch. 7, art. 150], 1003, 1010, 1031 à 1033, 1048.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 36, 45.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 20 [abr. 2006, ch. 56, art. 3], 21 [idem], 54.1, 54.2.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
 Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
 L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
 Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal: Thémis, 1996.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Pelletier et Kasirer), 2011 QCCA 2116, [2011] Q.J. No. 16769 (QL), 2011 CarswellQue 12645, SOQUIJ AZ-50805798, qui a infirmé une décision du juge Mongeau, 2008

2781, [2008] R.J.Q. 1694, [2008] J.Q. n° 5796 (QL), 2008 CarswellQue 5729, SOQUIJ AZ-50498459. Appeal dismissed.

Yves Martineau, for the appellants.

Daniel Belleau, Maxime Nasr and Violette Leblanc, for the respondent Option consommateurs.

No one appeared for the respondent Claudette Cloutier.

David Sterns and Jean-Marc Leclerc, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND WAGNER JJ. —

I. Introduction

[1] At issue in this appeal is whether a proposed class action based on allegations that the appellants conspired to inflate the price of a broadly used product, the dynamic random-access memory chip (“DRAM”), and caused damage to consumers should be authorized under the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”). The Quebec Superior Court said no. The Court of Appeal disagreed and said yes. For the reasons that follow, we agree with the Court of Appeal and would dismiss the appeal.

II. Background

[2] The appellant¹ companies are manufacturers of DRAM, which is a microchip that allows information to be electronically stored and rapidly retrieved. DRAM is commonly used in a wide range

¹ Micron Technology, Inc., Hynix Semiconductor Inc., Samsung Electronics Co., and Samsung Semiconductor Inc., which were originally parties to this case, have discontinued their appeals. The Court has been advised of settlements agreed to by some of them. We have taken this into account in our conclusion.

QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694, [2008] J.Q. n° 5796 (QL), 2008 CarswellQue 5729, SOQUIJ AZ-50498459. Pourvoi rejeté.

Yves Martineau, pour les appelantes.

Daniel Belleau, Maxime Nasr et Violette Leblanc, pour l’intimée Option consommateurs.

Personne n’a comparu pour l’intimée Claudette Cloutier.

David Sterns et Jean-Marc Leclerc, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET WAGNER —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, il s’agit de décider s’il y a lieu d’autoriser sous le régime du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), un recours collectif projeté, fondé sur des allégations selon lesquelles les appelantes auraient comploté en vue de gonfler le prix d’un produit largement utilisé, soit une puce de mémoire vive dynamique (« DRAM »), et ainsi causé un préjudice aux consommateurs. La Cour supérieure du Québec a d’abord répondu par la négative, mais la Cour d’appel, ne partageant pas cet avis, a conclu par l’affirmative. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’accord avec la Cour d’appel et rejetons donc le pourvoi.

II. Contexte

[2] Les appelantes¹ sont des sociétés qui fabriquent la DRAM, une micropuce qui permet de stocker électroniquement l’information et de la récupérer rapidement. La DRAM est couramment utilisée

¹ Micron Technology, Inc., Hynix Semiconductor Inc., Samsung Electronics Co. et Samsung Semiconductor Inc., initialement parties au présent appel, se sont désistées. La Cour a été informée des règlements intervenus dans certains cas, et elle en a tenu compte dans ses conclusions.

of electronic devices such as personal computers, GPS equipment, cellular telephones and digital cameras.

[3] The appellants sell DRAM through a number of complex distribution channels to original equipment manufacturers (“OEMs”), such as Dell Inc. and the Hewlett-Packard Company. OEMs insert the chips into various electronic products they manufacture, which are in turn sold either to intermediaries in the distribution chain or directly to final consumers.

[4] For our purposes, individuals or companies that acquired DRAM directly from the appellants are referred to as “direct purchasers”. The term “indirect purchaser” is used to refer to individuals and companies that acquired DRAM, or products containing DRAM, either from a direct purchaser or from another indirect purchaser at a different level in the distribution chain.

[5] The appellants have acknowledged their participation in an international price-fixing conspiracy in the multi-billion dollar DRAM market during the relevant period, from 1999 to 2002. They and their co-conspirators, with the exception of Micron Technology, Inc., pleaded guilty in 2004, in the United States District Court for the Northern District of California, to the following charges:

. . . participating in a conspiracy in the United States and elsewhere to suppress and eliminate competition by fixing the prices of Dynamic Random Access Memory (“DRAM”) to be sold to certain original equipment manufacturers of personal computers and servers (“OEMs”) from on or about July 1, 1999, to on or about June 15, 2002, in violation of the Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 1. [A.R., vol. II, at p. 130]

[6] The OEMs affected by the impugned sales were Dell Inc., Compaq Computer Corporation, Hewlett-Packard Company, Apple Computer Inc., International Business Machines Corporation and Gateway Inc.

dans une grande variété d’appareils électroniques, tels les ordinateurs personnels, les dispositifs GPS, les téléphones cellulaires et les appareils photonumériques.

[3] Les appelantes vendent la DRAM par l’intermédiaire d’un certain nombre de canaux de distribution complexes à des fabricants d’équipement d’origine (« FEO »), comme Dell Inc. et Hewlett-Packard Company. Les FEO incorporent les puces dans divers produits électroniques qu’ils fabriquent, qui sont ensuite vendus soit à des intermédiaires au sein du canal de distribution, soit directement aux consommateurs finaux.

[4] Aux fins du présent pourvoi, les particuliers ou les sociétés ayant acquis de la DRAM directement des appelantes sont appelés « acheteurs directs ». Le terme « acheteur indirect » renvoie aux particuliers et aux sociétés qui ont acquis de la DRAM ou des produits équipés de DRAM, soit d’un acheteur direct, soit d’un autre acheteur indirect se trouvant à un autre niveau au sein du canal de distribution.

[5] Les appelantes ont reconnu leur participation à un complot international pour la fixation des prix sur le marché de la DRAM, s’élevant à plusieurs milliards de dollars, durant la période en cause entre 1999 et 2002. Les appelantes et les autres parties au complot, à l’exception de Micron Technology, Inc., ont plaidé coupable en 2004 aux accusations suivantes devant la Cour de district des États-Unis du district nord de la Californie :

[TRADUCTION] . . . avoir participé à un complot aux États-Unis et ailleurs en vue de supprimer et d’éliminer la concurrence en fixant les prix de la mémoire vive dynamique (« DRAM ») devant être vendue à certains fabricants d’équipement d’origine d’ordinateurs personnels et de serveurs (« FEO ») du 1^{er} juillet 1999 au 15 juin 2002, ou vers ces dates, en contravention de la Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 1. [d.a., vol. II, p. 130]

[6] Les FEO touchés par les ventes en cause étaient Dell Inc., Compaq Computer Corporation, Hewlett-Packard Company, Apple Computer Inc., International Business Machines Corporation et Gateway Inc.

[7] All the conspirators were heavily fined for their respective roles in the price-fixing conspiracy except for Micron Technology, which was granted clemency because it had co-operated with the authorities. However, Micron Technology also acknowledged that the U.S. Department of Justice investigation had revealed that its employees had been involved in price-fixing in the DRAM market.

[8] In 2010, the appellants also acknowledged their participation in a cartel to fix the prices of DRAM in Europe. They paid a fine in a settlement of proceedings that had been undertaken against them there.

[9] The respondent Option consommateurs alleges that this price-fixing conspiracy artificially inflated the prices of DRAM and products containing DRAM sold in Quebec between April 1999 and July 2002. Its claim is based upon allegations that the appellants failed to discharge statutory obligations under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, and that their conduct amounted to a fault giving rise to civil liability under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”).

[10] Option consommateurs claims that, as a result of the alleged price inflation, both the direct and the indirect purchasers suffered damage in that they overpaid on purchases of DRAM or products containing DRAM.

[11] Option consommateurs applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against the appellants in order to recover damages in this regard on behalf of the members of the affected class. The group comprises direct and indirect purchasers who suffered losses by absorbing, in whole or in part, the inflated portion of the price of DRAM sold in Quebec. The group was described as follows in the respondent’s motion:

[7] Les parties au complot ont toutes été condamnées à de lourdes amendes pour leur rôle respectif dans le complot pour la fixation des prix, sauf Micron Technology, qui a bénéficié de la clémence des autorités pour avoir collaboré avec ces dernières. Toutefois, Micron Technology a également reconnu que l’enquête menée par le ministère de la Justice des É.-U. avait révélé l’implication de ses employés dans la fixation des prix sur le marché de la DRAM.

[8] En 2010, les appelantes ont aussi reconnu leur participation à un cartel pour fixer le prix de la DRAM en Europe. Elles ont par la suite payé une amende dans le cadre du règlement des poursuites qui y avaient été intentées contre elles.

[9] Pour sa part, Option consommateurs, intimée en l’espèce, allègue que ce complot pour la fixation du prix a gonflé artificiellement les prix de la DRAM et des produits équipés de DRAM vendus au Québec entre avril 1999 et juillet 2002. Sa demande repose sur des allégations selon lesquelles les appelantes n’ont pas rempli les obligations que leur imposait la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, et que leur conduite équivalait à une faute entraînant la responsabilité civile sous le régime du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »).

[10] En raison du gonflement du prix allégué, Option consommateurs prétend que tant les acheteurs directs qu’indirects ont subi un préjudice résultant des paiements en trop qu’ils ont effectués lors des achats de DRAM ou de produits équipés de DRAM.

[11] Option consommateurs a présenté une requête devant la Cour supérieure afin d’obtenir l’autorisation d’exercer un recours collectif contre les appelantes pour recouvrer des dommages-intérêts au nom des membres du groupe touché. Le groupe est formé des acheteurs directs et indirects qui ont subi des pertes en absorbant, en tout ou en partie, la portion gonflée du prix de la DRAM vendue au Québec. La requête de l’intimée décrit ainsi le groupe :

[TRANSLATION] Any person who purchased, in Quebec, dynamic random-access memory (DRAM) and/or one or more products containing dynamic random-access memory (DRAM) . . . between April 1, 1999 and June 30, 2002, inclusively.

However, a legal person established for a private interest, a partnership or an association may be a member of the group, but only if at all times since October 5, 2003, not more than fifty (50) persons bound to it by contract of employment were under its direction or control, and if it is dealing at arm's length with the applicant. [A.R., vol. II, at p. 57]

[12] The class action applies to all devices containing DRAM, including computers, servers, printers, hard drives, cellular telephones, digital cameras and MP3 players.

[13] In its motion for authorization of the class action, Option consommateurs designated the respondent Claudette Cloutier as a member of the group pursuant to art. 1048(a) of the *C.C.P.* Ms. Cloutier is a resident of Montréal who purchased a personal computer containing DRAM from Dell Computer Corporation (“Dell”) on October 9, 2001. She accessed Dell’s website and made the purchase by credit card from her home in Montréal.

[14] The standard-form terms for the online purchase indicated that the sale was deemed to have occurred in Ontario and was subject to Ontario law. The invoice indicated that Dell’s address for payment was in Toronto, Ontario.

[15] The appellants have their head offices in other countries. Neither of them has a place of business in the province of Quebec.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (Mongeau J.), 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694*

[16] The motion judge of the authorization proceeding held that the Superior Court did not have territorial jurisdiction to hear the class action,

Toute personne qui a acheté au Québec de la mémoire vive dynamique (DRAM) et/ou un ou des produits équipés de mémoire vive dynamique (DRAM) (. . .) entre le premier avril 1999 et le 30 juin 2002 inclusivement.

Toutefois, une personne morale de droit privé, une société ou une association n’est membre du groupe que si, en tout temps depuis le 5 octobre 2003 elle comptait sous sa direction ou sous son contrôle au plus cinquante (50) personnes liées à elle par contrat de travail, et qu’elle n’est pas liée avec la requérante. [d.a., vol. II, p. 57]

[12] Le recours collectif s’applique à tous les appareils équipés de DRAM, notamment aux ordinateurs, aux serveurs, aux imprimantes, aux disques durs, aux téléphones cellulaires, aux appareils photographiques et aux lecteurs MP3.

[13] Dans sa requête pour autorisation d’exercer un recours collectif, Option consommateurs a désigné Claudette Cloutier, intimée en l’espèce, à titre de membre du groupe conformément à l’al. 1048(a) *C.p.c.* Celle-ci, une résidente de Montréal, avait acheté un ordinateur personnel équipé de DRAM auprès de Dell Computer Corporation (« Dell ») le 9 octobre 2001. Pour ce faire, elle avait consulté le site Web de Dell et effectué l’achat par carte de crédit à partir de son domicile situé à Montréal.

[14] D’après le libellé des clauses types régissant cet achat en ligne, la vente était réputée avoir été effectuée en Ontario et était assujettie aux lois de cette province. En outre, la facture précisait que l’adresse de Dell aux fins du paiement était à Toronto, en Ontario.

[15] Les sièges sociaux des appelantes se trouvent tous à l’étranger. Aucune ne dispose d’un établissement dans la province de Québec.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (le juge Mongeau), 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694*

[16] Le juge saisi de la requête en autorisation a conclu que la Cour supérieure n’avait pas compétence territoriale pour entendre le recours

because no damage had been suffered in Quebec. Having found that there was no contract between Ms. Cloutier and the appellants, that the fault had been committed in the U.S. and that the appellants did not have a place of business in Quebec, he concluded that a real and substantial connection with Quebec that would be sufficient to ground jurisdiction did not exist.

[17] The motion judge adopted the reasons of the Quebec Court of Appeal in *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966, and in *Banque de Montréal v. Hydro Aluminum Wells Inc.*, 2004 CanLII 12052, in holding that the concept of damage under art. 3148(3) of the *C.C.Q.* cannot be stretched to the point that the fact that the person who suffered damage is domiciled in Quebec would suffice to confer jurisdiction on the Quebec courts.

[18] The judge then considered how he would have ruled on the merits of the motion had he held that the Superior Court had jurisdiction. In his opinion, Option consommateurs and Ms. Cloutier had not shown that they met all the conditions set out in art. 1003 of the *C.C.P.* for authorizing a class action.

[19] Although the judge conceded that the motion adequately established the existence of questions of law or fact common to the group for the purposes of art. 1003(a) of the *C.C.P.*, he held that the motion failed on art. 1003(b) because the facts alleged did not support the conclusions being sought. More specifically, he found insufficient evidence that the appellants had breached s. 36 of the *Competition Act* or that an injurious act, damage and a causal connection had been shown for the purposes of s. 45 of the *Competition Act*. In any event, the judge found that the action was barred by the limitation period provided for in s. 36 of the *Competition Act*.

[20] The motion judge also held that the requirements of arts. 1003(d) and 1048 of the *C.C.P.* were not satisfied. In his view, the interests of Option consommateurs and Ms. Cloutier conflicted

collectif, puisqu'aucun préjudice n'avait été subi au Québec. Après avoir statué qu'aucun contrat ne liait M^{me} Cloutier et les appelantes, que la faute avait été commise aux É.-U. et que les appelantes ne disposaient d'aucun établissement au Québec, il a conclu qu'il n'existait pas de lien réel et substantiel avec le Québec suffisant pour établir la compétence du tribunal.

[17] Le juge saisi de la requête a fait siens les motifs de la Cour d'appel du Québec dans *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966, et *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, 2004 CanLII 12052. Selon lui, la notion de préjudice visée au par. 3148(3) *C.c.Q.* ne pouvait être élargie au point de donner compétence aux tribunaux québécois du fait que la victime du préjudice était domiciliée au Québec.

[18] Le juge a ensuite examiné la façon dont il aurait statué sur le fond de la requête s'il avait conclu à la compétence de la Cour supérieure. À son avis, Option consommateurs et M^{me} Cloutier n'avaient pas démontré qu'elles répondaient à toutes les conditions énoncées à l'art. 1003 *C.p.c.* en vue de l'autorisation du recours collectif.

[19] Bien qu'il ait reconnu que la requête démontrait de façon adéquate l'existence de questions de droit ou de fait communes au groupe pour l'application de l'al. 1003a) *C.p.c.*, le juge a conclu qu'il n'avait pas été satisfait à la condition prévue à l'al. 1003b) puisque les faits allégués ne justifiaient pas les conclusions recherchées. Plus particulièrement, il a jugé la preuve insuffisante pour établir la violation par les appelantes de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ou la démonstration, pour l'application de l'art. 45 de cette même loi, d'un fait dommageable, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Quoi qu'il en soit, il a conclu à la prescription de l'action en conformité avec l'art. 36 de cette loi.

[20] En outre, le juge saisi de la requête a affirmé que les exigences de l'al. 1003d) et de l'art. 1048 *C.p.c.* n'avaient pas été respectées. À son avis, les intérêts d'Option consommateurs et

with those of the non-consumer members of the proposed group.

[21] The motion judge accordingly dismissed the motion for authorization to institute a class action. Option consommateurs appealed to the Court of Appeal.

B. *Quebec Court of Appeal (Forget, Pelletier and Kasirer J.J.A.), 2011 QCCA 2115, 2011 QCCA 2116 (CanLII)*

[22] The Court of Appeal rendered two concurrent judgments. In one, it granted in part a motion of Option consommateurs to introduce new evidence in the appeal. More specifically, this decision authorized the filing of evidence that the appellants had participated in anti-competitive practices in Europe and had agreed to pay fines in a settlement with the competent European authorities.

[23] In the other judgment, the Court of Appeal overturned the Superior Court's judgment and authorized the class action. Kasirer J.A., who wrote the Court of Appeal's reasons, noted that the claims of the direct and indirect purchaser group members were not rooted in distinct contractual or extracontractual sources. Rather, he pointed out, the class action was grounded on an allegation of a precontractual fault of conspiring to artificially inflate the price of DRAM through a price-fixing scheme, which gave rise to extracontractual liability under art. 1457 of the *C.C.Q.*

[24] On the jurisdiction issue, Kasirer J.A. found that the Quebec courts had jurisdiction over the claim pursuant to art. 3148(3) of the *C.C.Q.* Under that provision, Quebec courts have jurisdiction in personal actions of a patrimonial nature where "a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in

de M^{me} Cloutier entraient en conflit avec ceux des membres du groupe proposé qui n'étaient pas des consommateurs.

[21] En conséquence, le juge saisi de la requête a rejeté la requête en autorisation d'exercer un recours collectif. Option consommateurs a alors interjeté appel devant la Cour d'appel.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Pelletier et Kasirer), 2011 QCCA 2115, 2011 QCCA 2116 (CanLII)*

[22] La Cour d'appel a rendu deux jugements simultanément. Dans le premier, elle a accueilli en partie la requête d'Option consommateurs en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve en appel. Cette décision autorisait, plus particulièrement, le dépôt d'éléments de preuve attestant la participation des appelantes à des pratiques anti-concurrentielles en Europe ainsi que leur décision d'accepter de payer des amendes dans le cadre d'un règlement conclu avec les autorités européennes compétentes.

[23] Dans le second, la Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure et autorisé l'exercice du recours collectif. Le juge Kasirer, auteur des motifs de la Cour d'appel, a fait observer que les demandes formulées par les membres du groupe des acheteurs directs et indirects ne reposaient pas sur des sources contractuelles ou extracontractuelles distinctes. Il a précisé que le recours collectif s'appuyait plutôt sur une allégation de faute précontractuelle, qui consistait dans un complot pour gonfler artificiellement le prix de la DRAM au moyen d'un stratagème de fixation des prix, qui engagerait la responsabilité extracontractuelle sous le régime de l'art. 1457 *C.c.Q.*

[24] À propos de la question de la compétence, le juge Kasirer a conclu qu'en application du par. 3148(3) *C.c.Q.*, les tribunaux québécois avaient compétence pour statuer sur la demande. Cette disposition reconnaît en effet leur compétence à l'égard des actions personnelles à caractère patrimonial lorsqu'« [u]ne faute a été commise

Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec”. The fact that a Quebec resident’s patrimony is located in that province is not sufficient to ground jurisdiction.

[25] Kasirer J.A. held that the damage was connected with a contract that had been concluded in Quebec. Under ss. 20 and 21 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, a remote-parties contract is deemed to be concluded at the consumer’s address if the parties are not in one another’s presence at the time of the offer or of acceptance, and the offer was not solicited by the consumer.

[26] Kasirer J.A. found that these criteria were met and that a remote-parties contract had in fact been formed between Ms. Cloutier and Dell. Accordingly, the jurisdiction of the Quebec courts did not rest merely on the existence of a Quebec patrimony, since the loss was suffered in Quebec as the result of a material event that occurred in Quebec. This was enough to ground jurisdiction pursuant to art. 3148(3) of the *C.C.Q.*

[27] Having recognized the jurisdiction of the Quebec courts, Kasirer J.A. turned to the requirements for authorization of a class action set out in art. 1003 of the *C.C.P.* He held that the motion satisfied each of the criteria.

[28] On art. 1003(a) of the *C.C.P.*, Kasirer J.A. agreed with the Superior Court’s finding that there were sufficient common questions of law or fact.

[29] On art. 1003(b), he found that the allegations of the motion for authorization adequately established fault, the harm suffered, and causation.

[30] In Kasirer J.A.’s opinion, the allegations of violations of s. 45 of the *Competition Act*, which gave rise to extracontractual liability under art. 1457 of the *C.C.Q.*, were sufficient. Kasirer J.A. held that Option consommateurs was “far from having

au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s’y est produit ou l’une des obligations découlant d’un contrat devait y être exécutée ». Le fait que le patrimoine d’un résident du Québec se trouve dans cette province ne suffit pas pour fonder la compétence.

[25] Selon le juge Kasirer, le préjudice était lié à un contrat conclu au Québec. Suivant les anciens art. 20 et 21 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, un contrat à distance est réputé conclu à l’adresse du consommateur si les parties ne sont pas en présence l’une de l’autre au moment de l’offre ou de l’acceptation, et que l’offre n’a pas été sollicitée par le consommateur.

[26] Le juge Kasirer a statué qu’il avait été satisfait à ces conditions et qu’un contrat à distance avait effectivement été formé entre M^{me} Cloutier et Dell. En conséquence, la compétence des tribunaux québécois ne reposait pas uniquement sur l’existence d’un patrimoine québécois puisque la perte avait été subie au Québec par suite d’un événement matériel survenu au Québec. Cela suffisait à donner compétence aux tribunaux québécois en application du par. 3148(3) *C.c.Q.*

[27] Après avoir reconnu la compétence des tribunaux du Québec, le juge Kasirer s’est penché sur les conditions d’autorisation du recours collectif énoncées à l’art. 1003 *C.p.c.* et a conclu que la requête respectait chacune de celles-ci.

[28] S’agissant de l’al. 1003a) *C.p.c.*, le juge Kasirer a accepté la conclusion de la Cour supérieure selon laquelle il existait suffisamment de questions de droit ou de fait communes.

[29] Relativement à l’al. 1003b), il a décidé que les allégations formulées dans la requête en autorisation établissaient de façon adéquate la faute, le préjudice subi et le lien de causalité.

[30] Selon le juge Kasirer, les allégations de violation de l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, ayant entraîné la responsabilité extracontractuelle en vertu de l’art. 1457 *C.c.Q.*, suffisaient. Il a conclu qu’Option consommateurs était [TRADUCTION] « loin

established its case on the merits” (para. 84), but that the evidence of plea agreements in the United States sufficed to discharge the low evidentiary burden Option consommateurs faced at this stage in respect of its allegations of undue restraint of trade. In his view, the lack of extraterritorial reach of s. 45 of the *Competition Act* was not a bar to the class action. It would not affect an action in civil liability under art. 1457 of the *C.C.Q.*, the provision on which the claim was based (paras. 86-88).

[31] Kasirer J.A. held that the alleged aggregate loss suffered by the different members of the group constituted a sufficient *prima facie* demonstration of the loss for the purposes of art. 1003(b) of the *C.C.P.* In drawing this conclusion, he found that the losses of the direct purchasers and those of the indirect purchasers need not be distinguished at this stage. This issue would be properly resolved if and when the class action succeeded on its merits.

[32] Kasirer J.A. also found that at this stage, Option consommateurs could ground its cause of action on the passing on of inflated prices through the various layers of the distribution chain without there being a risk of double recovery, since the group comprised both the direct and the indirect purchasers of DRAM. Mindful of policy concerns in the area of consumer protection, Kasirer J.A. stated that precluding an action where price increases have been passed on could lead to the unjust enrichment of direct purchasers should indirect purchasers fail to take legal action against perpetrators of price-fixing conspiracies.

[33] Significantly, Kasirer J.A. held that it is not necessary to advance a sophisticated methodology of proof of loss at this preliminary stage of the class action. It would be wrong to impose an overly onerous evidentiary burden and prevent Option consommateurs from having its case heard on its merits.

d’avoir établi sa preuve sur le fond » (par. 84), mais que la preuve des ententes sur le plaidoyer aux États-Unis suffisait pour répondre au fardeau de la preuve peu exigeant reposant sur Option consommateurs à cette étape relativement à ses allégations de restriction indue du commerce. D’après le juge, l’absence de portée extraterritoriale de l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence* ne constituait pas un obstacle au recours collectif. Ce facteur demeurerait sans incidence sur une action en responsabilité civile fondée sur l’art. 1457 *C.c.Q.* (par. 86-88).

[31] Le juge Kasirer a précisé que la perte globale alléguée, subie par les différents membres du groupe, constituait une démonstration *prima facie* suffisante de la perte pour l’application de l’al. 1003b) *C.p.c.* Pour justifier cette conclusion, il a souligné qu’il n’était pas nécessaire, à la présente étape, d’effectuer une distinction entre les pertes des acheteurs directs et celles des acheteurs indirects. Cette question serait plutôt dûment tranchée lorsque, le cas échéant, le recours collectif serait accueilli sur le fond.

[32] À l’étape de l’autorisation, le juge Kasirer a également reconnu qu’Option consommateurs pouvait fonder sa cause d’action sur le transfert de prix gonflés par l’intermédiaire des différents niveaux au sein du canal de distribution sans risque d’une double indemnisation puisque le groupe se composait tant des acheteurs directs qu’indirects de DRAM. Conscient des considérations d’intérêt public présentes en matière de protection du consommateur, le juge Kasirer a précisé que le fait d’empêcher l’introduction d’une action portant sur le transfert de la majoration du prix favoriserait l’enrichissement injustifié des acheteurs directs dans les cas où les acheteurs indirects n’intenteraient pas d’action en justice à l’encontre des auteurs des complots pour fixer les prix.

[33] Fait important, le juge Kasirer a affirmé qu’il n’est pas nécessaire, à cette étape préliminaire du recours collectif, de proposer une méthodologie sophistiquée en vue de prouver la perte. On aurait tort, en effet, d’imposer un fardeau de preuve trop onéreux à Option consommateurs et d’empêcher l’audition au fond de sa cause.

[34] Kasirer J.A. found that the allegations relating to causation were sufficient to satisfy the requirements of the authorization stage, given the nature of the claim and the structure of the proposed group. Proving that the price-fixing conspiracy had led to increased prices for DRAM and products containing DRAM was a task to be undertaken at the trial itself.

[35] Kasirer J.A. then found that the requirements of art. 1003(d) were satisfied and that Ms. Cloutier could carry on as the designated member of the proposed group. He held that Ms. Cloutier had standing to represent the group on the basis of her online purchase of a computer containing DRAM. What was relevant was not the type of device she had purchased, but the fact that it contained DRAM that had been purchased at an inflated price.

[36] Finally, Kasirer J.A. found that neither Ms. Cloutier nor Option consommateurs was in a conflict of interests with the direct purchasers at this stage, since all members of the group had a common objective of maximizing the total damages award.

[37] The Court of Appeal accordingly allowed the appeal, granted the motion for authorization to institute the class action and let that action proceed to trial.

IV. Issues

[38] There are two primary issues before the Court. The first is whether a Quebec court has jurisdiction under art. 3148 of the *C.C.Q.* to authorize a class action in the circumstances of this case. If it does, the second issue is whether Option consommateurs meets the threshold requirement for authorization under art. 1003 of the *C.C.P.*

V. Analysis

[39] Before we delve into the substantive legal issues, the standard of review must be addressed.

[34] Le juge Kasirer a aussi conclu que les allégations relatives au lien de causalité suffisaient pour satisfaire aux exigences applicables à l'étape de l'autorisation, compte tenu de la nature de la demande et de la structure du groupe proposé. Il s'agira de prouver au procès que le complot pour fixer les prix avait eu pour effet de gonfler les prix de la DRAM et des produits équipés de DRAM.

[35] Le juge Kasirer a ensuite statué qu'il était satisfait aux exigences de l'al. 1003d) et que M^{me} Cloutier pouvait continuer d'agir à titre de membre désignée du groupe proposé. À son avis, celle-ci avait qualité pour représenter le groupe en raison de son achat en ligne d'un ordinateur équipé de DRAM. Le facteur important n'était pas le type d'appareil acheté, mais bien le fait qu'il était équipé de DRAM achetée à un prix gonflé.

[36] Enfin, le juge Kasirer a conclu que ni M^{me} Cloutier ni Option consommateurs n'étaient en conflit d'intérêts avec les acheteurs directs à la présente étape. En effet, tous les membres du groupe partageaient un objectif commun de maximiser le montant total des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés.

[37] En conséquence, la Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel, ainsi que la requête en autorisation d'exercer le recours collectif, et permis l'audition de celui-ci.

IV. Questions en litige

[38] Notre Cour est saisie de deux questions principales. La première consiste à savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, les tribunaux québécois ont compétence en vertu de l'art. 3148 *C.c.Q.* pour autoriser l'exercice du recours collectif. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, il faudra trancher la seconde question, à savoir si Option consommateurs satisfait aux critères d'autorisation prévus par l'art. 1003 *C.p.c.*

V. Analyse

[39] Avant d'examiner les questions de droit substantiel, nous devons nous pencher sur le problème

The appellants submit that the Court of Appeal erred in overturning the motion judge's decision and finding that Option consommateurs met the threshold requirement for authorization under art. 1003 of the *C.C.P.*

[40] Contrary to the appellants' arguments, the Court of Appeal did not need to find that the motion judge had made a "palpable and overriding error" or that his reasons were "patently wrong" in order to intervene. As will be seen in the reasons that follow, the motion judge misapprehended the law as it relates to key components of the art. 1003 analysis: namely, the passing on of price increases as the basis for a cause of action, the demonstration of an aggregate loss at the authorization stage, the evidentiary and legal threshold requirements for authorization, and the need to satisfy the criteria for a successful action under ss. 36 and 45 of the *Competition Act*. These errors enabled the Court of Appeal to apply the appropriate legal standards to the motion judge's findings of fact and to draw the correct legal conclusions from them.

A. *Jurisdiction*

[41] The first issue is whether the Quebec courts have jurisdiction over this dispute between international DRAM manufacturers and a group consisting of direct and indirect purchasers located in Quebec, given that the alleged wrongdoing that forms the basis of the claim — a conspiracy to reduce competition and inflate the price of DRAM — occurred outside Quebec. The appellants are challenging the jurisdiction of the province's courts to hear the claim at the earliest stage, that of the motion for authorization of the class action.

[42] According to a well-established jurisprudence of the Quebec courts, challenges to Quebec's jurisdiction can properly be made and dealt with at the outset of a proceeding for authorization of a class action. The judgment rendered at this stage will determine, on the basis of the allegations, whether

de la norme de contrôle applicable. En effet, les appelantes prétendent que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la décision du juge saisi de la requête et en concluant qu'Option consommateurs répondait aux critères d'autorisation prévus par l'art. 1003 *C.p.c.*

[40] Contrairement aux prétentions des appelantes, la Cour d'appel pouvait intervenir sans devoir conclure que le juge saisi de la requête avait commis une « erreur manifeste et dominante » ou que ses motifs étaient « manifestement erronés ». Comme nous le verrons dans les motifs qui suivent, le juge saisi de la requête a mal interprété la loi au sujet des composantes principales de l'analyse fondée sur l'art. 1003, à savoir le transfert des hausses de prix comme fondement de la cause d'action, la démonstration d'une perte globale à l'étape de l'autorisation, les exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal applicables à l'autorisation et la nécessité de satisfaire aux critères permettant d'accueillir une action aux termes des art. 36 et 45 de la *Loi sur la concurrence*. Ces erreurs ont permis à la Cour d'appel d'appliquer les normes juridiques appropriées aux conclusions de fait du juge saisi de la requête et d'en dégager les conclusions de droit correctes.

A. *Compétence*

[41] La première question qui se pose consiste à déterminer si les tribunaux québécois ont compétence sur ce litige opposant des fabricants internationaux de DRAM et un groupe d'acheteurs directs et indirects se trouvant au Québec, alors que l'acte fautif allégué à l'origine de la demande — un complot en vue de restreindre la concurrence et de gonfler le prix de la DRAM — a été commis à l'extérieur du Québec. Les appelantes contestent la compétence des tribunaux de la province pour instruire la demande à la première étape, c'est-à-dire celle de l'autorisation du recours collectif.

[42] Suivant une jurisprudence bien établie des tribunaux québécois, toute contestation de la compétence des tribunaux du Québec peut être soulevée et examinée à juste titre dès le début d'une instance en autorisation d'un recours collectif. Le jugement rendu à cette étape déterminera,

the matter appears to be properly before the court (see *Thompson v. Masson*, [1993] R.J.Q. 69 (C.A.)). However, this does not mean that a judgment dismissing a jurisdictional challenge at the authorization stage ends the debate over the territorial jurisdiction of the Quebec courts. This issue could be raised again later, because the judgment rendered at this stage is only an interlocutory decision (art. 1010 of the *C.C.P.*). The court may subsequently reconsider the issue in light of all the evidence, and decline jurisdiction, at the trial on the merits (*Thompson*, at p. 73).

[43] On the basis of the facts as alleged, we conclude that the Quebec courts have jurisdiction over this matter under art. 3148 of the *C.C.Q.* Article 3148 defines the scope of the jurisdiction of the Quebec courts under private international law by providing for certain connecting factors in respect of the jurisdiction of Quebec authorities. More specifically, art. 3148(3) confers jurisdiction on a Quebec authority in a personal action of a patrimonial nature where “a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec”.

[44] As we mentioned above, Option consommateurs argues that every member of the group on behalf of which it intends to act has suffered economic damage as a result of the manufacturers’ unlawful price-fixing scheme for DRAM. Ms. Cloutier, the designated member of the group, is domiciled in Quebec. When she purchased a computer from Dell over the Internet from her home in Montréal, she entered into a contract of sale that required her to pay more than she should have for the computer on account of the alleged conspiracy. Option consommateurs argues that the contract is deemed to have been entered into in Quebec under the *Consumer Protection Act* and that Ms. Cloutier accordingly suffered damage in Quebec. The appellants counter that economic damage alone is not sufficient to ground jurisdiction and, moreover, that the contract was not entered into in Quebec.

sur le fondement des allégations, s’il appert que le tribunal est dûment saisi de la question (voir *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69 (C.A.)). Toutefois, cela ne signifie pas qu’un jugement rejetant la contestation de la compétence à l’étape de l’autorisation mettra fin au débat sur la compétence territoriale des tribunaux québécois. En effet, cette question pourrait être soulevée de nouveau plus tard, car le jugement rendu à cette étape ne constitue qu’une décision interlocutoire (art. 1010 *C.p.c.*). Le tribunal peut subséquemment réexaminer la question à la lumière de l’ensemble de la preuve, et décliner compétence lors du procès au fond (*Thompson*, p. 73).

[43] En raison des faits allégués, nous concluons que les tribunaux québécois ont compétence sur cette question aux termes de l’art. 3148 *C.c.Q.* Cet article définit l’étendue de la compétence des tribunaux québécois sous le régime du droit international privé, en établissant certains facteurs de rattachement relatifs à cette compétence. Plus précisément, le par. 3148(3) confère compétence aux autorités québécoises dans les actions personnelles à caractère patrimonial lorsqu’« [u]ne faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s’y est produit ou l’une des obligations découlant d’un contrat devait y être exécutée ».

[44] Comme nous l’avons déjà mentionné, Option consommateurs prétend que chacun des membres du groupe pour le compte desquels elle entend agir a subi un préjudice économique découlant du stratagème illégal de fixation du prix de la DRAM par les fabricants. M^{me} Cloutier, membre du groupe désignée, est domiciliée au Québec. Lorsqu’elle a acheté un ordinateur auprès de Dell par Internet depuis son domicile montréalais, elle a conclu un contrat de vente qui l’obligeait à verser un prix plus élevé que ce qu’elle aurait dû payer en raison du complot allégué. Option consommateurs soutient que le contrat est réputé conclu au Québec en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* et que, partant, M^{me} Cloutier a subi un préjudice au Québec. Les appelantes rétorquent que le préjudice économique n’est pas suffisant, à lui seul, pour donner compétence aux tribunaux québécois et, en outre, que le contrat n’a pas été conclu au Québec.

[45] Damage suffered in Quebec is an independent factor under art. 3148(3): the damage does not need to be tied to the locus of the injury or of the fault, unlike in the case of art. 3168, to give one example. Any one of the four individual factors listed in art. 3148(3) would constitute a sufficient connection with the province to ground jurisdiction (see *Royal Bank of Canada v. Capital Factors Inc.*, [2004] Q.J. No. 11841 (QL) (C.A.), at para. 2; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, at para. 56). In terms of the type of damage covered by art. 3148(3), there is no principled reason to exclude purely economic damage from its scope. The plain language of art. 3148(3) does not preclude economic damage from serving as a connecting factor, nor is the recovery of a purely economic loss prohibited in Quebec civil law (see C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3rd ed. 2011), at pp. 116-18). It is clear from the Quebec jurisprudence that economic damage can serve as a connecting factor under art. 3148(3) (see, e.g., *Sterling Combustion inc. v. Roco Industrie inc.*, 2005 QCCA 662 (CanLII); *Option Consommateurs v. British Airways PLC*, 2010 QCCS 140 (CanLII)).

[46] *Quebecor Printing*, a case the appellants rely on, should not be read so broadly as to systematically exclude a purely economic loss as a type of damage to which art. 3148(3) applies. Rather, that case indicates that where financial damage is merely *recorded* in Quebec, that fact is not sufficient to ground jurisdiction under art. 3148(3). To satisfy the requirement of art. 3148(3), the damage must be *suffered* in Quebec. As Kasirer J.A. explained in the judgment of the Court of Appeal in the case at bar, there is a distinction between damage that is substantially suffered in Quebec and damage that is simply recorded in Quebec on the basis of the location of the plaintiff's patrimony:

[*Préjudice*] is to be distinguished from the “*dommage*” that is the subjective consequence of the injury relevant to the measure of reparation needed to make good the loss. As a result, in specifying “damage was

[45] Le préjudice subi au Québec constitue un facteur indépendant prévu au par. 3148(3) : il n'est pas nécessaire que le préjudice soit lié à l'endroit où le fait dommageable a été subi ou la faute commise, contrairement par exemple à l'art. 3168. Chacun des quatre facteurs mentionnés au par. 3148(3) créerait un lien suffisant avec la province pour fonder la compétence (voir *Royal Bank of Canada c. Capital Factors Inc.*, [2004] Q.J. No. 11841 (QL) (C.A.), par. 2; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, par. 56). S'agissant du type de préjudice visé par le par. 3148(3), il n'existe aucune raison de principe justifiant d'exclure le préjudice purement économique de l'application de la disposition. Le libellé clair du par. 3148(3) n'empêche pas le préjudice économique de servir de facteur de rattachement, et le droit civil québécois n'interdit pas non plus l'indemnisation de la perte purement économique (voir C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3^e éd. 2011), p. 116-118). Il ressort clairement de la jurisprudence québécoise que le préjudice économique peut servir de facteur de rattachement en vertu du par. 3148(3) (voir, p. ex., *Sterling Combustion inc. c. Roco Industrie inc.*, 2005 QCCA 662 (CanLII); *Option Consommateurs c. British Airways PLC*, 2010 QCCS 140 (CanLII)).

[46] L'affaire *Quebecor Printing*, sur laquelle s'appuient les appelantes, ne devrait pas recevoir une interprétation si large qu'elle exclurait systématiquement la perte purement économique des formes de préjudice auxquelles s'applique le par. 3148(3). Cet arrêt indique plutôt que le fait de simplement *comptabiliser* au Québec le préjudice financier ne suffit pas pour fonder la compétence en vertu du par. 3148(3). Pour remplir l'exigence du par. 3148(3), le préjudice doit être *subi* au Québec. Comme l'explique le juge Kasirer dans la décision de la Cour d'appel dans la présente affaire, il importe de distinguer le préjudice subi pour l'essentiel au Québec de celui qui est simplement comptabilisé au Québec, sur le fondement du lieu où se trouve le patrimoine du demandeur :

[TRADUCTION] Il faut établir une distinction entre [le préjudice] et le « dommage », qui représente la conséquence subjective du préjudice se rapportant à la mesure de réparation nécessaire pour compenser la perte. Par

suffered in Québec *un préjudice y a été subi*” as the relevant connecting factor, article 3148(3) seeks to identify the substantive *situs* of the “bodily, moral or material injury which is the immediate and direct consequence of the debtor’s default” (article 1607 C.C.Q.) and not the *situs* of the patrimony in which the consequence of that injury is recorded. [para. 65]

[47] This application of the *C.C.Q.* is not, as the appellants assert, a novel, or undue, extension of Quebec’s jurisdiction. Rather, it is based on the language of art. 3148(3) and on the jurisprudence. As this Court stated in *Spar Aerospace*, at para. 58, “[t]here is abundant support for the proposition that art. 3148 sets out a broad basis for jurisdiction.”

[48] In the instant case, the economic damage was allegedly suffered by Ms. Cloutier — not merely recorded — in Quebec. More specifically, the damage was allegedly suffered as a result of the contract between Dell and Ms. Cloutier. Although the contract is not in fact the source of the cause of action in this case, which is extracontractual in nature, it is a juridical fact that establishes where the alleged economic damage occurred: the conclusion of the contract is the event that fixes the “*situs*” of the material damage suffered in Quebec. As a result, the contract is relevant, regardless of the fact that none of the appellants were parties to it, to the determination of whether the Quebec courts have jurisdiction in this case. As we will explain below, Ms. Cloutier’s pecuniary loss flowed directly from her contract with Dell, which is deemed under Quebec’s *Consumer Protection Act* to have been made in Quebec. The resulting economic damage did not merely have a remote effect on Ms. Cloutier’s patrimony in Quebec; rather, she suffered it in Quebec upon entering into the contract in that province, and this brought her claim within the scope of art. 3148(3).

[49] The contract between Ms. Cloutier and Dell for the sale of a computer is a “remote-parties contract” within the meaning of the former ss. 20 and 21 of the *Consumer Protection Act* (repealed S.Q. 2006,

conséquent, en précisant qu’« un préjudice y a été subi » comme facteur de rattachement pertinent, le paragraphe 3148(3) vise à identifier le *situs* réel du « préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe » (article 1607 C.c.Q.), et non le *situs* du patrimoine dans lequel la conséquence de ce préjudice est comptabilisée. [par. 65]

[47] Cette application du *C.c.Q.* ne constitue pas, comme l’affirment les appelantes, un élargissement nouveau ou injustifié de la compétence des tribunaux du Québec. Au contraire, elle s’appuie sur le libellé du par. 3148(3) et sur la jurisprudence. Comme l’a affirmé notre Cour au par. 58 de l’arrêt *Spar Aerospace*, « [e]st amplement étayée la thèse selon laquelle l’art. 3148 prévoit une large assise juridictionnelle. »

[48] En l’espèce, le préjudice économique aurait été subi par M^{me} Cloutier — et non simplement comptabilisé — au Québec. Plus précisément, M^{me} Cloutier aurait encouru ce préjudice par suite du contrat intervenu entre elle et Dell. Bien que ce contrat ne soit pas, en fait, à l’origine de la cause d’action dans la présente affaire, qui est de nature extracontractuelle, il constitue un fait juridique établissant le lieu où le préjudice économique allégué s’est produit : la conclusion du contrat représente l’événement qui fixe le « *situs* » du préjudice matériel subi au Québec. Par conséquent, le contrat s’avère pertinent pour décider si les tribunaux québécois ont compétence en l’espèce, sans égard au fait qu’aucune des appelantes n’y était partie. Comme nous l’expliquerons plus loin, la perte financière de M^{me} Cloutier découlait directement de son contrat intervenu avec Dell, qui était réputé, selon la *Loi sur la protection du consommateur*, avoir été conclu au Québec. Le préjudice économique causé par ce contrat n’a pas simplement entraîné un effet à distance sur le patrimoine de M^{me} Cloutier au Québec, mais il a été subi au Québec lors de la conclusion du contrat dans cette province, d’où l’application du par. 3148(3) à la demande de cette dernière.

[49] Le contrat conclu entre M^{me} Cloutier et Dell pour la vente d’un ordinateur constitue un « contrat à distance » au sens des anciens art. 20 et 21 de la *Loi sur la protection du consommateur* (abrogés L.Q.

c. 56, s. 3; now called a “distance contract” in ss. 54.1 and 54.2). These provisions read as follows at the time Ms. Cloutier and Dell entered into their contract:

20. A remote-parties contract is a contract entered into between a merchant and a consumer who are in the presence of one another neither at the time of the offer, which is addressed to one or more consumers, nor at the time of acceptance, provided that the offer has not been solicited by a particular consumer.

21. The remote-parties contract is deemed to be entered into at the address of the consumer.

[50] On the facts as alleged, the offer was not solicited by Ms. Cloutier when she visited Dell’s website and purchased the computer online. Although it will be up to the trial judge to consider the specifics of Dell’s website and the details of the interaction between Ms. Cloutier and Dell, nothing currently on the record indicates that anything other than an ordinary online purchase occurred.

[51] A standard online sales page typically includes a merchant’s “offer to contract . . . which contains all the essential elements of the proposed contract” (art. 1388 of the *C.C.Q.*; see also arts. 1385 to 1387). As N. L’Heureux and M. Lacoursière write in *Droit de la consommation* (6th ed. 2011), at p. 146, [TRANSLATION] “[t]he online offer thus contains the traditional elements of the offer to contract: to be binding on the consumer, it must therefore be firm and unequivocal”.

[52] There is little apparent difference between an Internet transaction such as the one between Dell and Ms. Cloutier and the type of transaction that occurs when a consumer walks into a traditional neighbourhood store, sees an item for sale on a shelf and purchases that item from the merchant. Of course, the Internet transaction is conducted remotely, or virtually, and the “store” is not “in the neighbourhood” in a concrete sense. Nevertheless, given the global reach of the Internet, the online store is, in a way, even closer than a neighbourhood store, as the consumer does not need to leave home to shop.

2006, ch. 56, art. 3; maintenant « contrat conclu à distance », art. 54.1 et 54.2). Ces articles se lisaient comme suit au moment de la conclusion du contrat entre M^{me} Cloutier et Dell :

20. Un contrat à distance est un contrat conclu entre un commerçant et un consommateur qui ne sont en présence l’un de l’autre ni lors de l’offre, qui s’adresse à un ou plusieurs consommateurs, ni lors de l’acceptation, à la condition que l’offre n’ait pas été sollicitée par un consommateur déterminé.

21. Le contrat à distance est réputé conclu à l’adresse du consommateur.

[50] Au vu des faits allégués, l’offre n’a pas été sollicitée par M^{me} Cloutier lorsqu’elle a consulté le site Web de Dell et acheté l’ordinateur en ligne. Certes, il appartiendra au juge du procès d’examiner les caractéristiques du site Web de Dell et le détail de l’interaction entre M^{me} Cloutier et Dell, mais, actuellement, le dossier n’indique pas autre chose qu’un achat en ligne ordinaire.

[51] Une page type de vente en ligne comprend habituellement « une offre de contracter [du commerçant] qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé » (art. 1388 *C.c.Q.*; voir aussi les art. 1385 à 1387). Comme l’écrivent N. L’Heureux et M. Lacoursière dans *Droit de la consommation* (6^e éd. 2011), p. 146 : « Les éléments traditionnels de l’offre de contracter se retrouvent donc dans l’offre en ligne : l’offre doit donc être ferme et non équivoque pour lier le consommateur . . . »

[52] Il existe peu de différences apparentes entre une transaction par Internet comme celle qui est intervenue entre Dell et M^{me} Cloutier et le genre de transaction qu’effectue un consommateur qui entre dans un magasin de quartier traditionnel, voit un article offert en vente sur une tablette et l’achète du commerçant. Bien sûr, la transaction par Internet s’effectue à distance ou virtuellement, et le « magasin » ne se trouve pas « dans le quartier » au sens concret du terme. Cependant, la portée mondiale d’Internet rapproche le magasin en ligne et il devient encore plus proche du consommateur qu’un magasin de quartier, puisque le consommateur peut conclure ses achats sans devoir quitter son domicile.

[53] The Superior Court came to a similar conclusion in *British Airways*, holding that ss. 20 and 21 of the *Consumer Protection Act* applied to a contract entered into over the Internet by a consumer who sent an email request to purchase airline tickets on a merchant's website. The court wrote the following, at paras. 57 and 59:

[TRANSLATION] Indeed, it would be possible to say that the server, when products are advertised on it, proceeds systematically, and in every case, to make an offer.

Likewise, if information in a catalogue constitutes an offer by the merchant and a sale by catalogue constitutes a sale at a distance within the meaning of the C.P.A. [*Consumer Protection Act*], can it be said that the C.P.A. does not apply to a sale over the Internet?

[54] On the facts of the instant case as alleged, an offer to contract appears to have been made by Dell on its online sales page, as opposed to being solicited by Ms. Cloutier, which means that ss. 20 and 21 of the *Consumer Protection Act* apply. By virtue of s. 20, Ms. Cloutier's contract with Dell is a remote-parties contract, and s. 21 provides that a remote-parties contract is deemed to be entered into at the consumer's address. This contract was accordingly entered into in Quebec.

[55] The appellants argue that such an interpretation of online sale transactions would inappropriately subject all transaction sites from around the world to the jurisdiction of the Quebec courts. However, a merchant's online sales page would have to contain all the essential elements of contract formation for the *Consumer Protection Act* to apply. Moreover, merchants who post their online sales pages on the Internet and do not block access to their websites are aware that people from various jurisdictions may visit their sites and consent to their offers. Consumers purchase many large, expensive items online nowadays. Why should they fall outside the scope of the legislation when they shop online in their homes as opposed to driving to a store or picking up the telephone to make a purchase? To interpret the *Consumer Protection Act*

[53] La Cour supérieure a décidé en ce sens dans l'affaire *British Airways*, lorsqu'elle a décidé que les art. 20 et 21 de la *Loi sur la protection du consommateur* s'appliquaient à un contrat conclu sur Internet par un consommateur qui avait transmis par courriel une demande d'achat de billets d'avion sur le site Web d'un commerçant. La Cour s'est exprimée comme suit aux par. 57 et 59 :

En effet, il est possible de soutenir que le serveur, lorsqu'il annonce des produits, procède systématiquement et dans tous les cas à une offre.

De même, si les informations contenues dans un catalogue constituent une offre du commerçant et la vente par catalogue une vente à distance au sens de la [*Loi sur la protection du consommateur*], peut-on exclure que la vente par Internet y soit assujettie?

[54] Devant les faits allégués en l'espèce, l'offre de contracter semble avoir été soumise par Dell sur sa page de vente en ligne, sans avoir été sollicitée par M^{me} Cloutier, d'où l'application des art. 20 et 21 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Suivant l'art. 20, le contrat conclu entre M^{me} Cloutier et Dell constitue alors un contrat à distance. Aux termes de l'art. 21, ce contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur. En conséquence, le contrat a été conclu au Québec.

[55] Les appelantes prétendent que pareille interprétation des ventes en ligne assujettirait indûment tous les sites transactionnels dans le monde à la compétence des tribunaux québécois. Toutefois, pour que la *Loi sur la protection du consommateur* s'applique, la page de vente en ligne du commerçant doit comporter tous les éléments essentiels à la formation d'un contrat. De plus, les commerçants qui affichent leurs pages de vente en ligne sur Internet et qui ne bloquent pas l'accès à leur site Web savent que des personnes de divers pays peuvent visiter leur site et consentir à leurs offres. D'ailleurs, de nos jours, les consommateurs achètent beaucoup de gros articles dispendieux en ligne. Pourquoi ne bénéficieraient-ils pas de l'application de la loi lorsqu'ils font leurs achats en ligne depuis leur domicile, sans se rendre en

too narrowly would be incompatible with the legislature's protective intent and with contemporary commercial realities.

[56] In sum, we find that Ms. Cloutier, a Quebec resident, suffered economic damage in Quebec as a result of a contract entered into in that province. The principles of comity, order and fairness that underlie private international law require that jurisdiction be properly assumed. Under Quebec law, if any one of the four factors listed in art. 3148(3) of the *C.C.Q.* is proven, a sufficient connection to the province is established (see *Spar Aerospace*, at paras. 55-56). The Quebec courts therefore have jurisdiction under art. 3148(3) to decide whether the class action in the case at bar should be authorized under art. 1003 of the *C.C.P.*

B. Authorization of a Class Action Under Article 1003 of the C.C.P.

[57] The question at this stage of the analysis is simply whether Option consommateurs meets both the evidentiary and the legal threshold requirements for authorization of a class action under art. 1003 of the *C.C.P.* Article 1003 reads as follows:

1003. The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

- (a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;
- (b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;
- (c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and
- (d) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

[58] When undertaking an analysis with respect to the authorization of a class action, it is essential

voiture à un magasin ou sans téléphoner pour faire un achat? Une interprétation trop restrictive de la *Loi sur la protection du consommateur* serait incompatible avec la volonté de protection du législateur et la réalité commerciale contemporaine.

[56] En résumé, nous estimons que M^{me} Cloutier, une résidente du Québec, a subi un préjudice économique au Québec en raison de la conclusion d'un contrat dans cette province. Certes les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité qui sous-tendent le droit international privé exigent que la compétence du forum soit correctement attribuée. Toutefois, suivant le droit québécois, la preuve de l'un ou l'autre des quatre facteurs énumérés au par. 3148(3) *C.c.Q.* permet d'établir un lien suffisant avec la province (voir *Spar Aerospace*, par. 55-56). En conséquence, les tribunaux québécois ont compétence aux termes du par. 3148(3) pour décider si le recours collectif en l'espèce devrait être autorisé sur le fondement de l'art. 1003 *C.p.c.*

B. Autorisation du recours collectif selon les critères de l'art. 1003 C.p.c.

[57] La question qui se pose à la présente étape de l'analyse consiste simplement à déterminer si Option consommateurs a satisfait aux exigences tant du seuil de preuve que du seuil légal en vue de l'autorisation du recours collectif selon les critères de l'art. 1003 *C.p.c.* Cet article se lit comme suit :

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

[58] Au moment d'entreprendre l'analyse relative à l'autorisation du recours collectif, il est essentiel

not to conflate or confound the authorization process with the trial of an authorized action on its merits. Each of these stages serves a different purpose, and any review must be conducted accordingly.

[59] At the authorization stage, the court plays the role of a filter. It need only satisfy itself that the applicant has succeeded in meeting the criteria set out in art. 1003 of the *C.C.P.*, bearing in mind that the threshold provided for in that article is a low one. The authorizing court's decision is procedural in nature, as it must decide whether the class action may proceed.

[60] As this Court pointed out in *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 22, the requirements for authorization of a class action have on a consistent basis been interpreted and applied broadly both by it and by the Quebec Court of Appeal. As was noted in that case, the tenor of the jurisprudence clearly favours easier access to the class action as a vehicle for achieving the twin goals of deterrence and victim compensation (see also *Nault v. Canadian Consumer Co. Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Québec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Château v. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625 (C.A.); *Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.)). The Court of Appeal astutely summarized this as follows in *Nadon v. Ville d'Anjou*, [1994] R.J.Q. 1823, at pp. 1827-28:

[TRANSLATION] . . . the courts have generally held that the conditions of article 1003 must be interpreted broadly, that they leave a court little discretion when they are met, and that the court is not to rule on the legal merits of the conclusions in light of the alleged facts.

[61] At this stage, the court's role is merely to filter out frivolous motions and grant those that meet the evidentiary and legal threshold requirements of art. 1003. The objective is not to impose

de ne pas combiner ni confondre la procédure d'autorisation avec l'instruction d'un recours dont l'exercice a été autorisé. Chacune de ces étapes répond à un objectif différent, et l'analyse effectuée doit en tenir compte.

[59] À l'étape de l'autorisation, le tribunal exerce un rôle de filtrage. Il doit simplement s'assurer que le requérant a satisfait aux critères de l'art. 1003 *C.p.c.*, sans oublier le seuil de preuve peu élevé prescrit par cette disposition. La décision du tribunal saisi de la requête en autorisation est de nature procédurale puisqu'il doit décider si le recours collectif peut être autorisé à aller de l'avant.

[60] Comme elle l'a souligné dans *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 22, notre Cour ainsi que la Cour d'appel du Québec ont toujours favorisé une interprétation et une application larges des conditions d'autorisation du recours collectif. Ainsi que l'a indiqué notre Cour dans cet arrêt, la jurisprudence a clairement voulu faciliter l'exercice des recours collectifs comme moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes (voir également *Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Château c. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625 (C.A.); *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.)). La Cour d'appel l'a habilement résumé dans l'arrêt *Nadon c. Ville d'Anjou*, [1994] R.J.Q. 1823, p. 1827-1828 :

. . . la jurisprudence a généralement établi que les conditions de l'article 1003 doivent être interprétées de façon non restrictive et qu'elles laissent peu de discrétion au tribunal lorsqu'elles sont remplies, sans pour autant que le tribunal ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués.

[61] À la présente étape, le tribunal, dans sa fonction de filtrage, écarte simplement les demandes frivoles et autorise celles qui satisfont aux exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal

an onerous burden on the applicant, but merely to ensure that parties are not being subjected unnecessarily to litigation in which they must defend against untenable claims. The Court of Appeal described the threshold requirement as follows: “le fardeau en est un de démonstration et non de preuve” or, in English, [TRANSLATION] “the burden is one of demonstration and not of proof” (*Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437 (CanLII), at para. 25; see also *Martin v. Telus Communications Co.*, 2010 QCCA 2376 (CanLII), at para. 32).

[62] More specifically, in the context of the application of art. 1003(b), this Court and the Court of Appeal have used varying vocabulary, both in English and in French, to describe and characterize the filtering function of a court hearing a motion for authorization to institute a class action. In 1981, Chouinard J. wrote that, at the authorization stage, the issue is “whether . . . the allegations support the conclusions *prima facie* or disclose a colour of right” (*Comité régional des usagers*, at p. 426). In his opinion, the court is “to reject entirely any frivolous or manifestly improper action, and authorize only those in which the facts alleged disclose a good colour of right” (p. 429).

[63] In a later case, Gonthier J. explained that an applicant at the authorization stage must establish “a good colour of right”, “a *prima facie* right” or, in French, “une apparence sérieuse de droit”, “un droit *prima facie*” (*Guimond v. Québec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at paras 9-11). He pointed out that the Court of Appeal had been using the same expressions, requiring that the applicant establish a [TRANSLATION] “good colour of right” or “*prima facie* right” (*Berdah v. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A.), at pp. 420-21, *per* Brossard J.A.), or a “serious colour of right” (*Comité d’environnement de La Baie*, at p. 661, *per* Rothman J.A.).

[64] A few years ago, in *Marcotte*, the majority and the dissent agreed that the applicant had to meet a threshold test of a “*prima facie* case”, of a

prévus à l’art. 1003. Le but de cet examen n’est pas d’imposer un lourd fardeau au requérant, mais simplement de s’assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables. La Cour d’appel a décrit l’exigence relative au seuil comme suit : « le fardeau en est un de démonstration et non de preuve » ou, en anglais, [TRANSLATION] « *the burden is one of demonstration and not of proof* » (*Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367, par. 25; voir également *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376 (CanLII), par. 32).

[62] Plus particulièrement, dans le contexte de l’application de l’al. 1003b), notre Cour et la Cour d’appel ont utilisé divers termes, tant en français qu’en anglais, pour décrire et qualifier la fonction de filtrage exercée par le tribunal saisi d’une requête en autorisation d’un recours collectif. En 1981, le juge Chouinard écrivait qu’à l’étape de l’autorisation, la question est de déterminer si « les allégués justifient les conclusions *prima facie* ou dévoilent une apparence de droit » (*Comité régional des usagers*, p. 426). À son avis, le tribunal « écarte d’emblée tout recours frivole ou manifestement mal fondé et n’autorise que ceux où les faits allégués dévoilent une apparence sérieuse de droit » (p. 429).

[63] Dans une décision ultérieure, le juge Gonthier a expliqué que le requérant, à l’étape de l’autorisation, doit établir « une apparence sérieuse de droit », « un droit *prima facie* » ou, en anglais, « *a good colour of right*, [. . .] *a prima facie right* » (*Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 9-11). Il a en outre souligné que la Cour d’appel utilisait sensiblement les mêmes expressions, exigeant que le requérant établisse un « droit d’action qui paraisse sérieux » ou un « droit *prima facie* » (*Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A.), p. 420-421, le juge Brossard) ou « une apparence sérieuse de droit » (*Comité d’environnement de La Baie*, p. 661, le juge Rothman).

[64] Dans un arrêt prononcé quelques années auparavant, dans l’affaire *Marcotte*, les juges majoritaires et dissidents s’entendaient pour reconnaître

“good colour of right” or, in French, of an “*apparence de droit sérieuse*”, of a “*preuve à première vue*” (para. 23, *per* LeBel J., and paras. 90 and 94, *per* Deschamps J.; see also *Breslaw v. Montreal (City)*, 2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131, at para. 27; *Option Consommateurs v. Novopharm Ltd.*, 2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350, at paras. 8 and 23).

[65] As can be seen, the vocabulary may change from one case to another. But some well-established principles for the interpretation and application of art. 1003 of the *C.C.P.* can be drawn from the jurisprudence of this Court and of the Court of Appeal. First, as we mentioned above, the authorization process does not amount to a trial on the merits. It is a filtering mechanism. The applicant does not have to show that his claim will probably succeed. Also, the requirement that the applicant demonstrate a “good colour of right”, an “*apparence sérieuse de droit*”, or a “*prima facie case*” implies that although the claim may in fact ultimately fail, the action should be allowed to proceed if the applicant has an arguable case in light of the facts and the applicable law.

[66] A review of legislative intent also confirms this low threshold. It is clear from successive amendments to the *C.C.P.* that Quebec’s legislature intended to facilitate class actions. For example, art. 1002 of the *C.C.P.* formerly required that the applicant file affidavit evidence in support of the motion for authorization, which meant that he or she had to submit to examination as a deponent at the authorization stage under art. 93. The fact that the requirement of filing an affidavit was eliminated and examinations were strictly limited at the authorization stage in the latest reform of the class action provisions (S.Q. 2002, c. 7, s. 150) sends a strong signal that it would be unreasonable to require an applicant to establish anything more than an arguable case.

[67] At the authorization stage, the facts alleged in the applicant’s motion are assumed to be true. The applicant’s burden at this stage is to establish an arguable case, although the factual allegations

que le requérant devait satisfaire au critère préliminaire de la « preuve à première vue » ou d’une « apparence de droit sérieuse » ou, en anglais, « a good colour of right », « a prima facie case » (par. 23, le juge LeBel, et par. 90 et 94, la juge Deschamps; voir également *Breslaw c. Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131, par. 27; *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, 2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350, par. 8 et 23).

[65] Comme nous pouvons le constater, la terminologie peut varier d’une décision à l’autre. Mais certains principes bien établis d’interprétation et d’application de l’art. 1003 *C.p.c.* se dégagent de la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d’appel. D’abord, comme nous l’avons déjà dit, la procédure d’autorisation ne constitue pas un procès sur le fond, mais plutôt un mécanisme de filtrage. Le requérant n’est pas tenu de démontrer que sa demande sera probablement accueillie. De plus, son obligation de démontrer une « apparence sérieuse de droit », « a good colour of right » ou « a prima facie case » signifie que même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable.

[66] Un examen de l’intention du législateur confirme également l’existence de ce seuil peu élevé. Des modifications successives au *C.p.c.* témoignent clairement de l’intention de la législature du Québec de faciliter l’exercice des recours collectifs. Par exemple, l’art. 1002 *C.p.c.* exigeait auparavant que le requérant dépose une preuve par affidavit à l’appui de la requête en autorisation, ce qui le soumettait ainsi, comme affiant, à un interrogatoire à l’étape de l’autorisation aux termes de l’art. 93. L’abolition de l’exigence de l’affidavit et les restrictions sévères apportées aux interrogatoires à l’étape de l’autorisation dans la dernière réforme de ces dispositions relatives au recours collectif (L.Q. 2002, ch. 7, art. 150) envoient le message clair qu’il serait déraisonnable d’exiger d’un requérant qu’il établisse plus qu’une cause défendable.

[67] À l’étape de l’autorisation, les faits allégués dans la requête du requérant sont tenus pour avérés. Le fardeau imposé au requérant à cette étape consiste à établir une cause défendable, quoique les

cannot be [TRANSLATION] “vague, general [or] imprecise” (see *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII), at para. 44).

[68] Any review of the merits of the case should properly be left for the trial, at which time the appropriate procedures can be followed to adduce evidence and weigh it on the standard of the balance of probabilities.

[69] The appellants’ position is that Option consommateurs’ motion for authorization fails to allege sufficient facts to demonstrate the elements required under art. 1003(a), (b) and (d) of the *C.C.P.* This position is untenable on the facts before this Court, as our analysis will show. In our opinion, all the criteria of art. 1003 are met.

(1) Article 1003(a) — Common Questions

[70] Article 1003(a) of the *C.C.P.* requires that “the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact”.

[71] According to the appellants, the only question common to the members of the proposed group is whether the appellants committed a fault. They argue that, given the range of products containing DRAM, the large number of distribution chains and their complexity, the inherent differences between the direct and indirect purchasers, and the nature of the aggregate claim, it would be impossible for the trial judge to establish an injury or a causal connection on a group-wide basis.

[72] This perspective is flawed. There is no requirement of a fundamental identity of the individual claims of the proposed group’s members. At the authorization stage, the threshold requirement for common questions is low. As the Court of Appeal noted in *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII), at para. 22, even a single identical, similar or related question of law would be sufficient to meet the common questions requirement set out in art. 1003(a), provided that it

allégations de fait ne puissent être « vague[s], générale[s] [ou] imprécise[s] » (voir *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII), par. 44).

[68] Tout examen du fond du litige devrait être laissé à bon droit au juge du procès où la procédure appropriée pourra être suivie pour présenter la preuve et l’apprécier selon la norme de la prépondérance des probabilités.

[69] De l’avis des appelantes, la requête en autorisation du recours collectif d’Option consommateurs n’allègue pas de faits suffisants pour démontrer les éléments requis aux al. 1003a), b) et d) *C.p.c.* Cette thèse est indéfendable à l’examen des faits dont nous disposons, comme le démontrera notre analyse. À notre sens, il est satisfait à tous les critères énoncés à l’art. 1003.

(1) Alinéa 1003a) — Questions communes

[70] L’alinéa 1003a) *C.p.c.* exige que « les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ».

[71] Selon les appelantes, la seule question commune aux membres du groupe proposé consiste à décider si les appelantes ont commis une faute. En raison de la variété des produits équipés de DRAM, du grand nombre de canaux de distribution et de leur complexité, des différences inhérentes entre les acheteurs directs et indirects et de la nature de la réclamation globale, elles plaident qu’il serait impossible pour le juge du procès d’établir le préjudice ou le lien de causalité pour l’ensemble du groupe.

[72] Cette thèse comporte des lacunes. Il n’est pas nécessaire, en effet, que les demandes individuelles des membres du groupe proposé soient fondamentalement identiques les unes aux autres. Le seuil nécessaire pour établir l’existence des questions communes à l’étape de l’autorisation est peu élevé. Comme l’a souligné la Cour d’appel dans l’arrêt *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII), par. 22, même la présence d’une seule question de droit identique, similaire ou

is significant enough to affect the outcome of the class action.

[73] There is no requirement that each member of a group be in an identical or even a similar position in relation to the defendant or to the injury suffered. Such a requirement would be incompatible with the concern for judicial economy which the class action serves by avoiding duplicated or parallel proceedings (see *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 27). The Court of Appeal summarized this as follows in *Guilbert v. Vacances sans Frontière Ltée*, [1991] R.D.J. 513:

[TRANSLATION] The fact that the situations of all members of the group are not perfectly identical does not mean that the group does not exist or is not uniform. To be excessively rigorous in defining the group would render the action useless . . . in situations in which claims are often modest, there are many claimants and dealing with cases on an individual basis would be difficult. [p. 517]

[74] In applying these principles to the case at bar, the motion judge and the Court of Appeal correctly held that there are no differences between the members of the proposed group at the authorization stage that adversely affect the unity of the group as regards the common questions requirement. All the members, regardless of their individual circumstances, have a common interest both in proving the existence of a price-fixing conspiracy and in maximizing the amount of the resulting unlawful overcharge. Any disparity between the direct purchasers' relationships with the appellants and those of the indirect purchasers does not alter the fact that they have a collective interest in these questions of fault and liability. Any conflicts of interests can be addressed at trial.

[75] We agree with the motion judge's finding that [TRANSLATION] "[t]he existence of the cartel, the alleged 'fraud', civil liability, the effect of the cartel on the prices charged, the overall loss and costs are obviously similar or related common questions" (para. 149). Mongeau J. also correctly highlighted

connexe serait suffisante pour satisfaire à l'exigence de la question commune prévue à l'al. 1003a), pourvu que son importance soit susceptible d'influencer le sort du recours collectif.

[73] Il n'est pas nécessaire non plus que chaque membre du groupe adopte un point de vue identique ni même similaire relativement au défendeur ou au préjudice subi. Pareille exigence serait incompatible avec le souci de l'économie des ressources judiciaires auquel les recours collectifs répondent en permettant d'éviter les instances dédoublées ou parallèles (voir *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 27). La Cour d'appel a résumé ce principe dans l'arrêt *Guilbert c. Vacances sans Frontière Ltée*, [1991] R.D.J. 513 :

Le fait que tous les membres du groupe ne sont pas dans des situations parfaitement identiques, ne prive pas celui-ci de son existence ou de sa cohérence. Une rigueur excessive dans la définition du groupe priverait le recours de toute utilité [. . .] dans des situations où les réclamations sont souvent modestes, les réclamants nombreux et le traitement individuel des dossiers difficile. [p. 517]

[74] En appliquant ces principes à l'espèce, le juge saisi de la requête et la Cour d'appel ont conclu à juste titre qu'aucune différence entre les membres du groupe proposé à l'étape de l'autorisation ne portait atteinte à l'unité du groupe nécessaire à l'égard de l'exigence relative à l'existence de questions communes. Tous les membres, sans égard à leur situation personnelle, possèdent en commun l'intérêt tant de prouver l'existence d'un complot pour la fixation des prix que de maximiser le montant des pertes résultant de la surfacturation illégale. Les différences entre les relations des acheteurs directs avec les appelantes et celles des acheteurs indirects ne modifient en rien leur intérêt collectif à l'égard de ces questions de faute et de responsabilité. Toute question relative aux conflits d'intérêts peut être traitée au procès même.

[75] Nous souscrivons à la conclusion du juge saisi de la requête que « [l]'existence du cartel, la "fraude" alléguée, la responsabilité civile, la conséquence du cartel sur les prix demandés, le dommage global et les frais sont de toute évidence des questions communes similaires ou connexes » (par. 149).

the procedural benefits that would flow from the authorization of the class action, which would make it possible “to avoid duplication of fact-finding or legal analysis” (para. 147). The respondent has met the requirement that there be sufficient common questions. We will now turn to the second requirement, that the alleged facts seem to justify the conclusions sought.

(2) Article 1003(b) — Sufficiency of the Alleged Facts

[76] Article 1003(b) of the *C.C.P.* requires that “the facts alleged seem to justify the conclusions sought”.

[77] The class action proposed by Option consommateurs is rooted in the alleged extracontractual liability of the appellants under art. 1457 of the *C.C.Q.* Article 1457 reads as follows:

1457. Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

[78] Under this general provision governing delictual and quasi-delictual liability in Quebec law, Option consommateurs must establish the elements of civil liability. These elements are (i) that the appellants committed a fault; (ii) that Ms. Cloutier and the other members of the group suffered an injury; and (iii) that a causal connection exists between the fault and the injury.

[79] In his decision on the motion for authorization, the motion judge found that the alleged facts were not sufficient to establish these three elements. That decision was overturned on appeal. We agree with the Court of Appeal that Option

De plus, le juge Mongeau a souligné à juste titre les avantages, sur le plan procédural, qui découleraient de l’autorisation du recours collectif, qui permettrait « d’éviter la répétition de l’appréciation des faits ou de l’analyse juridique » (par. 147). L’intimée a satisfait à la condition de la suffisance des questions communes. Nous nous pencherons maintenant sur la deuxième condition, qui requiert que les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées.

(2) Alinéa 1003b) — La suffisance des faits allégués

[76] L’alinéa 1003b) *C.p.c.* exige que « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ».

[77] Le recours collectif projeté par Option consommateurs se fonde sur la responsabilité extracontractuelle qui incomberait aux appelantes suivant l’art. 1457 *C.c.Q.* Cet article est rédigé comme suit :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu’elle est douée de raison et qu’elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu’elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel.

[78] Suivant cette disposition générale régissant la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle en droit québécois, Option consommateurs doit établir les éléments de la responsabilité civile, soit (i) que les appelantes ont commis une faute; (ii) que M^{me} Cloutier et les autres membres du groupe ont subi un préjudice et (iii) qu’un lien de causalité existe entre la faute et le préjudice.

[79] Dans sa décision rendue sur la requête en autorisation, le juge a conclu que les faits allégués ne permettaient pas d’établir ces trois éléments. Cette décision a toutefois été infirmée en appel. Nous convenons avec la Cour d’appel qu’Option

consommateurs had met the threshold requirement for art. 1003(b) of the *C.C.P.* by making out an arguable case in support of its claim of the appellants' extracontractual liability. Let us consider the three elements required by art. 1457 of the *C.C.Q.*

(a) *Fault*

[80] The first requirement to meet in order to successfully establish extracontractual liability in Quebec under art. 1457 of the *C.C.Q.* is that of fault. For the purposes of the authorization of a class action under art. 1003 of the *C.C.P.*, the applicant must allege facts that are sufficient to ground an arguable case that a fault has been committed. To make this determination, the allegations of Option consommateurs must be fully and well understood.

[81] In para. 2.5 of the motion, the respondent made a general allegation of a breach of the *Competition Act*:

[TRANSLATION] The Respondents generally failed to discharge their obligations, both legal and statutory, and in particular their obligations with respect to competition under the *Competition Act* (R.S.C. (1985), c. C-34); [A.R., vol. II, at p. 58]

[82] In para. 2.6 of the motion, the respondent specified that the provisions that had allegedly been violated were ss. 36 and 45 of the *Competition Act*. Under s. 36, any person may bring a civil action with respect to any loss suffered as the result of the commission of any of the criminal offences provided for in s. 45, which prohibits any agreement to unduly prevent or lessen competition.

[83] Although Option consommateurs has since then abandoned its claim under s. 36, the allegation set out in para. 2.7 remains. In it, the respondent alleged that [TRANSLATION] “the Respondents also failed to discharge their general obligations under the *Civil Code of Québec* and, more specifically, those related to their obligation to act in good faith”. As Kasirer J.A. correctly pointed out in his reasons, at para. 78, even though the claim is no

consommateurs a respecté les conditions d'autorisation prévues à l'al. 1003b) *C.p.c.* en présentant une cause défendable à l'appui de sa prétention invoquant la responsabilité extracontractuelle des appelantes. Nous allons maintenant examiner les trois éléments prescrits par l'art. 1457 *C.c.Q.*

a) *La faute*

[80] La première exigence à laquelle il faut répondre pour établir la responsabilité extracontractuelle au Québec suivant l'art. 1457 *C.c.Q.* est celle de la faute. Aux fins de l'autorisation d'un recours collectif en application de l'art. 1003 *C.p.c.*, le requérant doit alléguer des faits suffisants pour démontrer qu'il est possible de soutenir qu'une faute a été commise. Il importe, pour décider de cette question, de parfaitement bien comprendre les allégations d'Option consommateurs.

[81] Au paragraphe 2.5 de la requête, l'intimée présente, dans les termes suivants, une allégation générale de violation de la *Loi sur la concurrence* :

De façon générale, les Intimées ont manqué à leurs obligations tant légales que statutaires et notamment à leurs obligations relatives à la concurrence prévues à la *Loi sur la concurrence* (L.R.C. (1985), c. C-34); [d.a., vol. II, p. 58]

[82] Au paragraphe 2.6 de la requête, l'intimée précise que les art. 36 et 45 de la *Loi sur la concurrence* constituent les dispositions qui auraient été violées. Aux termes de l'art. 36, toute personne peut intenter une action civile pour toute perte subie par suite de la commission de l'une ou l'autre des infractions criminelles prévues à l'art. 45, lequel interdit tout accord visant à empêcher ou à réduire indûment la concurrence.

[83] Bien qu'Option consommateurs se soit depuis désistée de sa demande fondée sur l'art. 36, l'allégation énoncée au par. 2.7 demeure. Dans ce paragraphe, l'intimée allègue que « les Intimées ont également manqué à leurs obligations générales prévues au *Code civil du Québec* et plus spécifiquement à celles ayant trait à leur obligation d'agir de bonne foi ». Comme le juge Kasirer le signale à juste titre au par. 78 de ses motifs, bien que la demande

longer rooted in the alleged commission of an offence under s. 45 of the *Competition Act*, a violation of that section remains relevant insofar as it might support the claim of extracontractual liability under art. 1457 of the *C.C.Q.*

[84] In para. 2.7.1 of the motion, the respondent provided greater detail about the alleged civil faults relied upon in support of authorization of the class action in Quebec by referring to the criminal proceedings undertaken against the appellants in the United States. While not explicitly advancing any meaningful connection between the U.S. proceedings and a civil action in Quebec, the respondent filed 13 exhibits comprising various articles and documents that attested to the appellants' involvement in a price-fixing conspiracy in the United States. Kasirer J.A. succinctly summarized these exhibits, at para. 79:

They include press releases from the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice in which it is announced that named respondents agreed to plead guilty to participating in an "international conspiracy" to fix prices in the DRAM market and to pay fines; "informations" which set forth the charges brought against certain of the respondents in United States District Court; and "plea agreements" in which certain of the respondents agreed to plead guilty to charges of "participating in a conspiracy in the United States and elsewhere". The exhibits contain no specific reference to Quebec.

[85] It is noteworthy that, as we mentioned above, the respondent applied to the Court of Appeal for — and was granted — leave to adduce additional evidence in the form of a European Commission press release dated May 19, 2010 that outlined a settlement with 10 producers of DRAM, including the appellants in this case, for violations of European antitrust laws and for anti-competitive conduct in the European DRAM market.

[86] In paras. 2.14, 2.15 and 2.15.1 of the motion, the respondent went on to allege specific losses

ne repose plus sur la perpétration alléguée d'une infraction prévue à l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, la violation de cet article demeure pertinente dans la mesure où elle pourrait étayer la demande fondée sur la responsabilité extracontractuelle selon l'art. 1457 *C.c.Q.*

[84] Au paragraphe 2.7.1 de la requête, l'intimée précise les fautes civiles alléguées sur lesquelles elle s'est appuyée dans sa procédure d'autorisation du recours collectif au Québec, en faisant référence aux poursuites criminelles intentées contre les appelantes aux États-Unis. Sans avancer explicitement de lien significatif entre les poursuites aux États-Unis et une action civile au Québec, l'intimée a déposé 13 pièces comportant divers articles et documents attestant la participation des appelantes à un complot pour la fixation des prix aux États-Unis. Le juge Kasirer a présenté un bref résumé de ces pièces au par. 79 :

[TRADUCTION] Elles comprennent des communiqués de presse provenant de l'Antitrust Division du ministère de la Justice des É.-U. dans lesquels on annonce que les intimées désignées ont convenu de plaider coupable à des accusations de participation à un « complot international » en vue de fixer les prix sur le marché de la DRAM, et de payer des amendes; des « renseignements » qui décrivent les accusations portées contre certaines intimées devant la Cour de district des États-Unis; et des « ententes sur le plaidoyer » par lesquelles certaines intimées ont convenu de plaider coupable à des accusations d'avoir « participé à un complot aux États-Unis et ailleurs ». Les pièces ne contiennent aucune référence spécifique au Québec.

[85] Il convient de souligner, comme nous l'avons déjà noté, que l'intimée a demandé et reçu l'autorisation de la Cour d'appel de présenter un nouvel élément de preuve, soit un communiqué de presse de la Commission européenne, daté du 19 mai 2010. Dans cette annonce, cette dernière exposait les grandes lignes d'un règlement intervenu avec 10 fabricants de DRAM, y compris les appelantes en l'espèce, à propos de violations de législation européenne antitrust et d'un comportement anti-concurrentiel sur le marché européen de la DRAM.

[86] Aux paragraphes 2.14, 2.15 et 2.15.1 de sa requête, l'intimée allègue ensuite des pertes

suffered by Ms. Cloutier and the other members of the group:

[TRANSLATION]

- 2.14 The Cartel had the effect of unduly restricting competition, artificially inflating the price of DRAM sold in Quebec and, in so doing, artificially inflating the sale prices of products containing DRAM sold in Quebec;
- 2.15 As a result, throughout the period of the Cartel, purchasers of DRAM sold in Quebec paid an artificially inflated price;
- 2.15.1 The same is true of subsequent purchasers of DRAM and/or products containing DRAM sold in Quebec to whom the original purchasers allegedly passed on the artificially inflated portion of the price of DRAM in whole or in part; [A.R., vol. II, at p. 69]

[87] The appellants argue that these allegations fail to meet the requirement that the respondent demonstrate fault, since the evidence proffered in support of the claim is restricted to events and outcomes that occurred in the United States and Europe. They submit that proof of an offence committed outside Canada does not give rise to a right of civil action under the *Competition Act* absent a “real and substantial” connection with Canada. Accordingly, they argue, the exhibits show only that guilty pleas were entered in relation to agreements to fix the price of DRAM in the United States, which had an impact on the prices of products sold in the United States and Europe. Absent a “real and substantial” connection with Canada, the appellants maintain that fault cannot be demonstrated under ss. 36 and 45 of the *Competition Act*.

[88] The appellants further submit that the alleged facts do not demonstrate liability under s. 45 of the *Competition Act*, since violations of the *Sherman Act* in the United States are not equivalent to undue restraint of competition under Canadian law. They cite *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, for the proposition that Canadian law requires an analysis of market structure and market share, and this in turn requires

précises subies par M^{me} Cloutier et les autres membres du groupe :

- 2.14 Le Cartel a eu pour effet de restreindre indûment la concurrence, de gonfler artificiellement le prix de la DRAM vendue au Québec et par le fait même de gonfler artificiellement le prix de vente des produits équipés de DRAM vendus au Québec;
- 2.15 Ainsi, tout au cours de la période qu’a duré le Cartel, les acheteurs de DRAM vendue au Québec ont payé un prix artificiellement gonflé;
- 2.15.1 Il en va de même des acheteurs subséquents de DRAM et/ou de produits équipés de DRAM vendus au Québec à qui les premiers acheteurs auraient, en tout ou en partie, refilé la portion artificiellement gonflée du prix de la DRAM; [d.a., vol. II, p. 69]

[87] Pour leur part, les appelantes soutiennent que ces allégations ne satisfont pas à l’exigence imposée à l’intimée de démontrer la faute puisque la preuve présentée se limite à des événements et à des conséquences d’origines américaine et européenne. Elles prétendent que la preuve d’une infraction commise à l’extérieur du Canada ne donne pas ouverture au droit d’intenter une action civile en vertu de la *Loi sur la concurrence* en l’absence de lien « réel et substantiel » avec le Canada. En conséquence, les pièces démontrent seulement, à leur avis, que des plaidoyers de culpabilité ont été inscrits relativement aux ententes de fixation du prix de la DRAM aux États-Unis, qui ont entraîné des répercussions sur les prix des produits vendus aux États-Unis et en Europe. Les appelantes plaident donc que, sans lien « réel et substantiel » avec le Canada, la faute ne peut être démontrée aux termes des art. 36 et 45 de la *Loi sur la concurrence*.

[88] Les appelantes prétendent également que les faits allégués n’établissent pas la responsabilité aux termes de l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence* puisque les manquements à la *Sherman Act* aux États-Unis ne constituent pas une restriction indue de la concurrence en droit canadien. Elles citent à cet égard l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, pour affirmer que le droit canadien exige une analyse de la structure du marché

evidence of commercial power capable of having a palpable impact on the market in question. They add that, without sufficient allegations and proof of market power and of the impact of a price-fixing conspiracy reaching into Canada, the “undue” economic effect required under the *Competition Act* was not established.

[89] The appellants’ position is wrong, and the Court of Appeal was right to reject these arguments. In our view, the respondent’s allegations are sufficient to support an inference of fault, given the relatively low standard to be met at the authorization stage. It must be borne in mind that the applicable standard is that of showing an arguable case, not the more onerous one of proof on a balance of probabilities.

[90] The exhibits on which the respondent relies demonstrate that the appellants participated in a price-fixing conspiracy. Admittedly, the criminal charges and plea agreements were rooted in events in the United States that had no explicitly demonstrated connection with Quebec. But this does not attenuate the apparent international nature and impact of the appellants’ anti-competitive conduct.

[91] As Kasirer J.A. pointed out, at para. 84, “the cartel was sufficiently powerful to shake the American market and to affect major manufacturers such as Dell, IBM and Apple”. And the impact of the anti-competitive price-fixing scheme was also felt in Europe, as can be seen from the guilty pleas entered and settlements reached under European antitrust laws. The European evidence is integral to the respondent’s case in that it reveals the international ramifications of the cartel’s actions.

[92] Although the respondent’s allegations and supporting documentation do not explicitly establish the commission of wrongful behaviour in Quebec, they certainly do point to the international nature of the conspiracy to fix the price of DRAM

et des parts de ce dernier, puis la preuve d’une puissance commerciale capable d’engendrer des effets manifestes sur le marché en question. Elles ajoutent que, sans allégations ni preuve suffisantes de la puissance commerciale et des effets du complot pour la fixation du prix atteignant le Canada, les répercussions économiques « indues », exigées par la *Loi sur la concurrence*, n’ont pas été établies.

[89] La thèse des appelantes est inexacte et la Cour d’appel a eu raison de la rejeter. À notre avis, les allégations de l’intimée sont suffisantes pour inférer une faute, compte tenu de la norme relativement peu exigeante s’appliquant à l’étape de l’autorisation. Il faut garder à l’esprit que la norme applicable est celle de la démonstration d’une cause défendable, et non celle de la présentation d’une preuve selon la prépondérance des probabilités, plus exigeante.

[90] Les pièces sur lesquelles s’est appuyée l’intimée établissent que les appelantes ont participé à un complot de fixation des prix. Certes, les accusations criminelles et les ententes sur le plaidoyer reposaient sur des événements survenus aux États-Unis, sans lien explicitement démontré avec le Québec. Mais cette situation ne diminue en rien le caractère et les effets internationaux apparents du comportement anticoncurrentiel des appelantes.

[91] Comme l’a souligné le juge Kasirer au par. 84, [TRADUCTION] « le cartel était suffisamment puissant pour ébranler le marché américain et toucher des fabricants majeurs comme Dell, IBM et Apple ». Les effets du stratagème anticoncurrentiel de fixation de prix se sont également fait sentir en Europe, comme l’attestent les aveux de culpabilité inscrits et les règlements intervenus sous le régime de la législation européenne antitrust. La preuve européenne fait partie intégrante de la cause de l’intimée, puisqu’elle révèle les ramifications internationales des agissements du cartel.

[92] Bien que les allégations de l’intimée et la documentation à l’appui n’établissent pas explicitement l’existence d’un comportement fautif au Québec, elles mettent certainement en lumière le caractère international du complot de fixation du

and to the suffering of damage outside the United States. Indeed, the respondent's motion alleges that the effects of the conspiracy — which, according to the information issued by the U.S. Department of Justice (quoted in para. 2.10 of the motion (A.R., vol. II, at p. 61)), took place “in the United States and elsewhere” — were felt in Quebec. It is not unreasonable to infer that anti-competitive practices in the United States that have an impact on large multinational corporations and on a DRAM market that is international in scope might — indeed are likely to — affect consumers in Quebec.

[93] Failure to specifically allege a market structure that would make an “undue” economic impact possible does not adversely affect the claim at the authorization stage. The appellants correctly stress that this Court has held that a detailed analysis of market structure is needed in order to prove conduct restricting competition under the *Competition Act*. A defendant that lacks sufficient market power cannot be found to unduly affect competition or market pricing (see *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at pp. 652-55).

[94] However, the appellants' argument disregards the nature of a proceeding for authorization of a class action. The respondent does not need to present absolute proof of the allegation, nor do they even need to prove it on a balance of probabilities. At this stage, all it needs to do is demonstrate an arguable case by means of allegations and supporting evidence. The bare allegation of undue economic impact set out in para. 2.14 of the motion for authorization, combined with the exhibits demonstrating the impact of conduct in the United States on prices of DRAM in the international market, gives rise to an inference of an impact on the Canadian market that satisfies this low threshold requirement. Although it is unclear whether the respondent will eventually be able to meet the standard of proof on a balance of probabilities at

prix de la DRAM et le fait que le préjudice a été subi aussi à l'extérieur des États-Unis. En effet, la requête de l'intimée allègue que les répercussions du complot — lequel, selon les renseignements rendus publics par le ministère de la Justice des É.-U. (cités au par. 2.10 de la requête (d.a., vol. II, p. 61)), a été ourdi aux « États-Unis et ailleurs » — ont été ressenties au Québec. Il n'est donc pas déraisonnable de conclure que des pratiques anticoncurrentielles aux États-Unis, entraînant des répercussions sur de grandes entreprises multinationales et le marché de la DRAM, de portée internationale, pourraient peut-être, voire probablement, toucher les consommateurs québécois.

[93] Le défaut d'alléguer précisément une structure de marché capable de plausibles répercussions économiques « indues » ne porte pas atteinte à la recevabilité de la demande à l'étape de l'autorisation. Les appelantes soulignent à bon droit que notre Cour a conclu à la nécessité d'effectuer une analyse détaillée de la structure du marché pour prouver qu'il y a bien eu un comportement restreignant la concurrence en violation de la *Loi sur la concurrence*. Il est d'ailleurs reconnu qu'un défendeur dépourvu d'une puissance commerciale suffisante ne peut porter atteinte indûment à la concurrence ou à la fixation des prix du marché (voir *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, p. 652-655).

[94] Toutefois, l'argumentation des appelantes ne tient pas compte de la nature de la procédure d'autorisation du recours collectif. L'intimée n'est pas tenue, en effet, de présenter une preuve absolue de l'allégation, ni même d'établir celle-ci selon la prépondérance des probabilités. À la présente étape, il suffit qu'elle démontre que sa cause est défendable au moyen d'allégations et d'éléments de preuve en appui. La simple allégation de répercussions économiques indues, énoncée au par. 2.14 de la requête en autorisation, ainsi que les pièces démontrant les effets d'un comportement aux États-Unis sur les prix de la DRAM sur le marché international, permettent de conclure à l'existence de répercussions sur le marché canadien satisfaisant à l'exigence de ce seuil de preuve peu élevé. Bien qu'on ne sache pas exactement si l'intimée sera

trial, we cannot deny it the opportunity to do so given the possibility of fault to which the exhibits attest.

[95] Further, the respondent does not need to prove liability under s. 45 of the *Competition Act* at this stage of the proceedings, given the nature of the claim and the evidence that has already been adduced. As we mentioned above, its action is rooted in art. 1457 of the *C.C.Q.*, not s. 45 of the *Competition Act*. Since the respondent abandoned its right to bring a civil action under the *Competition Act*, its claim of undue economic impact under s. 45 remains relevant only to the extent that a violation of the statutory scheme can give rise to extra-contractual liability under art. 1457 of the *C.C.Q.*

[96] The appellants are correct in asserting that compliance with statutory duties can inform questions with respect to civil law duties. However, compliance with statutory obligations is not always determinative of the issue of civil fault. As Kasirer J.A. rightly stated at para. 88 of his reasons, “[c]are must be taken . . . not to conflate the notion of civil fault and the violation of a statutory norm, whether in a commercial setting or elsewhere.” He correctly pointed out that just because a failure to discharge a statutory obligation leads to a demonstration of fault in all but the most exceptional cases, it does not follow that a civil fault is absolved where there is no such failure. As J.-L. Baudouin and P. Deslauriers state in *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, at No. 1-188:

[TRANSLATION] In principle, a failure to discharge a specific obligation imposed by a statute or a regulation, especially if it is intentional or serious, constitutes a civil fault, since it amounts to the breach of a mandatory standard of conduct established by the legislature. Nevertheless, adhering to such a standard does not in itself exempt one from liability.

éventuellement en mesure de répondre lors du procès à la norme de preuve selon la prépondérance des probabilités, nous ne pouvons lui refuser cette possibilité puisque les pièces au dossier révèlent qu’une faute a peut-être été commise.

[95] Par ailleurs, l’intimée n’est pas tenue de prouver la responsabilité en vertu de l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence* à la présente étape du recours, en raison de la nature de la demande et de la preuve déjà présentée. Comme nous l’avons déjà précisé, son recours s’appuie sur l’art. 1457 *C.c.Q.*, et non sur l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence*. Puisqu’elle a renoncé à son droit d’intenter une action civile sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, son argument fondé sur les répercussions économiques indues en vertu de l’art. 45 ne demeure pertinent que dans la mesure où un manquement au régime législatif peut entraîner une responsabilité extra-contractuelle aux termes de l’art. 1457 *C.c.Q.*

[96] Les appelantes affirment à bon droit que le respect des obligations imposées par la loi peut régler le sort des questions relatives aux obligations de droit civil. Toutefois, le respect de ces obligations ne constitue pas toujours un facteur déterminant pour trancher la question de la faute civile. Comme l’affirme à juste titre le juge Kasirer au par. 88 de ses motifs, [TRADUCTION] « [i]l faut faire attention [. . .] de ne pas confondre la notion de faute civile et la violation d’une norme fixée par la loi, que ce soit ou non dans un contexte commercial. » Il souligne avec raison que le simple fait qu’un manquement à une obligation d’origine législative mène à la démonstration d’une faute dans tous les cas, sauf les plus exceptionnels, n’emporte pas nécessairement le pardon de la faute civile en l’absence d’une telle violation. Les auteurs J.-L. Baudouin et P. Deslauriers s’expriment d’ailleurs comme suit, sur ce sujet, dans *La responsabilité civile* (7^e éd. 2007), vol. I, n^o 1-188 :

La transgression d’une obligation spécifique imposée par la loi ou le règlement, surtout si elle est intentionnelle ou lourde, constitue en principe une faute civile, puisqu’il y a alors violation d’une norme de conduite impérativement fixée par le législateur. Par contre, le simple respect de celle-ci ne dégage pas, pour autant, de la responsabilité.

[97] They go on to state the following, at No. 1-189:

[TRANSLATION] . . . the mere fact that in a given case the defendant adhered to statutory or regulatory standards does not automatically rule out the possibility that he or she will nevertheless be held liable on the basis of the general law. Statutory provisions therefore do not have the effect of limiting the general obligation of good conduct in one's relations with others, and this means that it is not necessary to prove the violation of a statutory or legal rule for another person to be held liable.

[98] Applying this principle, we cannot accept that the appellants are exempt from civil liability because their liability has not been proven under s. 45 of the *Competition Act*. The Court must consider the liability of the appellants under the broad standards of art. 1457 of the *C.C.Q.*, not the narrower standards of s. 45 of the *Competition Act*, a penal provision.

[99] Perhaps more importantly, to accept the appellants' argument on this point would be to import the standard of proof applicable to a trial into this preliminary stage of an authorization proceeding and permit a logical absurdity to win the day. As we mentioned above, the respondent does not need to satisfy the criteria of s. 45 of the *Competition Act* on a balance of probabilities, and a criminal standard of proof is even less appropriate. It would be fallacious to conclude that the respondent's failure to meet the trial standard in advance leads to the conclusion that the appellants did not contravene the *Competition Act*. An absence of definitive proof of a violation does not constitute absolute proof of compliance. Accordingly, we need not determine at this stage, that of authorization, whether the appellants actually breached s. 45.

[100] In our opinion, the respondent has presented an arguable case that the appellants committed a civil fault. We will now turn to the analysis of the injury allegedly suffered under art. 1003(b) of the *C.C.P.*

[97] Au n° 1-189, ils poursuivent en ces termes :

. . . le simple fait qu'à propos d'un incident le défendeur ait respecté les normes législatives ou réglementaires n'exclut pas automatiquement la possibilité que sa responsabilité puisse malgré tout être retenue en vertu du régime de droit commun. Les dispositions réglementaires n'ont donc pas pour effet de limiter l'obligation générale de se bien comporter à l'égard d'autrui et, en contrepartie, il n'est pas nécessaire de démontrer la violation d'une règle statutaire ou légale pour engager la responsabilité d'autrui.

[98] En appliquant ce principe, nous ne saurions accepter que les appelantes soient déchargées de toute responsabilité civile parce que leur responsabilité n'a pas été prouvée sous le régime de l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence*. La Cour doit examiner leur responsabilité sur le fondement des normes générales prévues par l'art. 1457 *C.c.Q.*, et non des normes plus strictes de l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, une disposition pénale.

[99] L'effet le plus grave de l'acceptation de l'argument des appelantes à ce sujet se retrouve dans l'introduction de la norme de preuve applicable au procès à cette étape préliminaire de l'autorisation, et de faire triompher un raisonnement absurde. Comme nous l'avons déjà rappelé, l'intimée n'est pas tenue de satisfaire aux critères prévus à l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence* selon la prépondérance des probabilités, et encore moins selon une norme applicable en matière criminelle. Il serait fallacieux d'induire que le défaut de l'intimée de répondre d'avance à la norme applicable au procès permettrait la conclusion que les appelantes n'ont pas contrevenu à la *Loi sur la concurrence*. L'absence d'une preuve définitive d'un manquement à cette loi ne constitue pas une preuve absolue de conformité. Aussi n'est-il pas nécessaire de déterminer à la présente étape, soit celle de l'autorisation, si les appelantes ont effectivement contrevenu à l'art. 45.

[100] À notre avis, l'intimée a établi qu'il est possible de soutenir que les appelantes ont commis une faute civile. Nous procéderons maintenant à l'analyse du préjudice qui aurait été subi au sens de l'al. 1003(b) *C.p.c.*

(b) *Injury Suffered*

[101] In order to justify the conclusions of civil liability sought by Option consommateurs, the motion for authorization must demonstrate an arguable case that Ms. Cloutier and the other members of the proposed group suffered a loss as a result of the appellants' anti-competitive conduct.

[102] We have already outlined paras. 2.14, 2.15 and 2.15.1 of the respondent's motion, which are reproduced above. The allegations of the motion asserted that the cartel artificially inflated the prices paid by Quebec purchasers for DRAM and for products containing DRAM as a result. In paras. 2.16 and 2.17, the respondent provided further information on the injury allegedly suffered:

[TRANSLATION]

2.16 As a result of the foregoing, each and every one of the members of the group suffered injury in that they assumed, in whole or in part, the artificially inflated portion of the price of DRAM;

2.17 When all is said and done, the injury collectively suffered by the Designated Person and the other members of the group is equal to the artificially inflated portion of the sales price of DRAM sold in Quebec and/or contained in products sold in Quebec; [A.R., vol. II, at p. 69]

[103] Essentially, the respondent is claiming that the loss suffered by the direct purchasers was equivalent to the amount by which the price of DRAM was artificially inflated. It argues that the indirect purchasers' losses were equal to the price increase passed on either by direct purchasers or by other indirect purchasers higher up in the distribution chain. The subgroup of indirect purchasers includes the designated member, Ms. Cloutier, who, the respondent alleges, suffered a loss in paying the inflated price passed on to her by Dell, from whom she purchased her computer. Thus, the respondent claims that each member of the proposed group suffered an injury by paying all or a portion of the amount by which the price of DRAM

b) *Le préjudice subi*

[101] Pour justifier les conclusions de responsabilité civile recherchées par Option consommateurs, la requête en autorisation doit démontrer qu'il est possible de soutenir que M^{me} Cloutier et les autres membres du groupe proposé ont subi une perte en raison du comportement anticoncurrentiel des appelantes.

[102] Nous avons déjà cité les par. 2.14, 2.15 et 2.15.1 de la requête de l'intimée. Selon ces allégations, le cartel a gonflé artificiellement les prix payés par les acheteurs du Québec pour la DRAM et les produits équipés de DRAM. Aux paragraphes 2.16 et 2.17, l'intimée donne des renseignements supplémentaires sur le préjudice qui aurait été subi :

2.16 En conséquence de ce qui précède, tous et chacun des membres du groupe ont subi des dommages en ce qu'ils ont assumé, en tout ou en partie, la portion artificiellement gonflée du prix de la DRAM;

2.17 En bout de piste, les dommages subis collectivement par la Personne désignée et les autres membres du groupe sont égaux à la portion artificiellement gonflée des prix de vente de la DRAM vendue au Québec et/ou équipant des produits vendus au Québec; [d.a., vol. II, p. 69]

[103] Pour l'essentiel, l'intimée prétend que la perte subie par les acheteurs directs équivalait à la partie artificiellement gonflée du prix de la DRAM. Elle argumente également que les pertes des acheteurs indirects équivalaient à la hausse du prix transférée, soit par les acheteurs directs, soit par d'autres acheteurs indirects placés à un niveau supérieur dans la structure de distribution. Le sous-groupe des acheteurs indirects comprend la membre désignée, M^{me} Cloutier, qui, selon les allégations de l'intimée, a subi une perte en payant le prix gonflé lui ayant été transféré par Dell, qui lui a vendu son ordinateur. En conséquence, l'intimée prétend que chaque membre du groupe proposé a subi un préjudice en payant, en tout ou en partie, une portion de

or of products containing DRAM sold in Quebec was artificially inflated.

[104] By setting out a single claim that the whole of the impugned price increase was absorbed collectively by the members of the proposed group, para. 2.17 points to the aggregate nature of the alleged injury. The respondent seeks to prove a single loss amount for both the direct and the indirect purchasers without distinguishing between these subgroups or between individuals within each of these subgroups as regards the nature or the degree of the loss they have suffered. The respondent would wait until a subsequent stage of the proceedings to divide this aggregate loss amount amongst the members of the proposed group on a yet-to-be-determined basis that would reflect each individual's loss.

[105] These allegations by the respondent raise two distinct issues with regard to the demonstration of injury. *First*, since the respondent has included the indirect purchasers in the proposed group, the question arises as to whether a cause of action can be rooted in the passing on of artificially inflated prices resulting from anti-competitive practices. *Second*, the Court must determine whether the respondent has discharged the burden of demonstrating that each member of the group suffered an injury in light of the complexity of the distribution channels. This second issue requires the Court to inquire into whether it is sufficient to prove an aggregate loss at this stage of the proceedings. The Court must also consider the nature of the respondent's evidentiary burden with regard to any methodology advanced to prove the effects of the alleged misconduct. In other words, to what extent must the respondent prove at the authorization stage that the direct purchasers suffered and retained a portion of the loss and that a portion of the loss was passed on to the indirect purchasers?

[106] In our opinion, passing on can result in a finding of a compensable injury in an action for extracontractual damages. We are also of the view that the respondent has discharged its evidentiary burden in respect of the loss resulting from the

la partie artificiellement gonflée du prix de la DRAM ou de produits équipés de DRAM vendus au Québec.

[104] En énonçant une seule demande selon laquelle la totalité de la hausse de prix contestée a été absorbée collectivement par les membres du groupe proposé, le par. 2.17 met en lumière la nature globale du préjudice allégué. L'intimée cherche à prouver un montant unique de perte tant pour les acheteurs directs que pour les acheteurs indirects sans faire de distinction entre ces sous-groupes ou entre des membres de ces sous-groupes à l'égard de la nature ou l'étendue de la perte qu'ils ont subie. L'intimée attendra à une étape ultérieure de l'instance pour répartir le montant de cette perte globale entre les membres du groupe proposé, selon une méthodologie qui reste à déterminer, afin de refléter la perte de chacun des membres.

[105] À la suite de ces allégations de l'intimée, deux questions distinctes se posent quant à la preuve du préjudice. *Premièrement*, l'inclusion par l'intimée des acheteurs indirects dans le groupe proposé soulève la question de savoir si le transfert des prix artificiellement gonflés résultant de pratiques anticoncurrentielles peut fonder une cause d'action. *Deuxièmement*, la Cour doit déterminer si l'intimée s'est acquittée du fardeau de démontrer que chaque membre du groupe proposé a subi un préjudice, vu la complexité des canaux de distribution. Cette seconde question exige que la Cour se demande si la preuve d'une perte globale suffit à la présente étape de l'instance. Elle doit aussi examiner la nature du fardeau de la preuve imposé à l'intimée au sujet des méthodologies proposées pour prouver les effets du comportement délictueux qu'elles allèguent. Autrement dit, dans quelle mesure l'intimée doit-elle prouver à l'étape de l'autorisation que les acheteurs directs ont subi et absorbé une portion de la perte, et qu'une partie de la perte a été transférée aux acheteurs indirects?

[106] Selon nous, le transfert peut mener à une conclusion de préjudice indemnisable dans le cadre d'une action en dommages-intérêts extracontractuels. Nous estimons également que l'intimée s'est acquittée de son fardeau de preuve à l'égard de la perte résultant

alleged passing on of the price increases caused by the appellants' anti-competitive conduct.

(i) Passing On as the Basis of a Cause of Action

[107] The question whether the passing on of price increases can ground a class action where the members of the group include direct purchasers is a threshold question. If the answer is no, the action cannot be authorized and the respondent's motion must fail.

[108] The appellants submit that the indirect purchasers cannot recover the losses that allegedly resulted from the passing on of overcharges by the direct and subsequent indirect purchasers, since those losses were not a direct consequence of the appellants' actions, and that the indirect purchasers accordingly lack standing. In support of this position, the appellants rely on a number of decisions from both Canada and the United States, and they raise the same arguments with regard to passing on as the respondents in the cases of *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, and *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, which were heard together with this appeal.

[109] The root of this argument is the proposition that passing on cannot be raised as a defence. The United States Supreme Court explicitly accepted this proposition in the seminal decision of *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), in which it rejected the passing-on defence. The appellants contend that this same principle applies in Canadian law, citing *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, and *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, in which this Court criticized the theory of passing on when raised as a defence, stressing the policy consideration of ensuring that the twin goals of deterrence and victim compensation are not eroded.

du transfert allégué des hausses de prix causées par le comportement anticoncurrentiel des appelantes.

(i) Le transfert comme fondement de la cause d'action

[107] La question de déterminer si le transfert des hausses de prix peut fonder un recours collectif dont les membres du groupe comprennent des acheteurs directs conserve un caractère préliminaire. En cas de réponse négative, le recours ne peut être autorisé, et la requête de l'intimée doit être rejetée.

[108] Pour leur part, les appelantes soutiennent que les acheteurs indirects ne peuvent recouvrer les pertes résultant du transfert par les acheteurs directs et les acheteurs indirects subséquents des montants surfacturés, puisque ces pertes ne constitueraient pas une conséquence directe de la conduite des appelantes. En conséquence, les acheteurs indirects n'ont pas qualité pour agir. À l'appui de cette thèse, elles se fondent sur plusieurs décisions canadiennes ou américaines et soulèvent les mêmes arguments à l'égard du transfert de la perte que les intimées dans les affaires *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, et *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, dont notre Cour a entendu les appels en même temps.

[109] L'essentiel de cet argument repose sur le principe selon lequel le transfert de la perte ne peut être soulevé comme moyen de défense. La Cour suprême des États-Unis l'a explicitement reconnu dans l'arrêt clé *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), dans lequel elle a rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Les appelantes soutiennent que ce même principe s'applique en droit canadien, citant en appui les arrêts *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, et *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3. Dans ces deux arrêts, notre Cour a critiqué la théorie du transfert de la perte comme moyen de défense, soulignant les principes de politique juridique relatifs à la sauvegarde du double objectif de la dissuasion des actes fautifs et de l'indemnisation de la victime.

[110] The appellants argue that if the defence of passing on is not accepted in Canadian law, the corollary is that passing on should not be accepted as the basis for a cause of action. They rely in support of this position on the United States Supreme Court's decision in *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), in which that court explicitly rejected passing on as the basis for a cause of action, citing concerns of an excessively onerous burden of proof for plaintiffs and a risk of multiple liability for defendant manufacturers against which direct and indirect purchasers pursue separate claims.

[111] We do not agree with the appellants. The policy considerations that militate against the defence of passing on at common law should favour, in the civil law of Quebec, compensation for a loss that has been passed on to a plaintiff. In reaching this conclusion, we must point out that the rejection of passing on as a defence does not preclude passing on as a factual occurrence. The defence has been rejected not because passing on does not exist, but primarily for policy reasons. In the instant case, acceptance of the passing-on defence would adversely affect the *Competition Act's* objectives of deterrence and compensation. It might enable wrongdoers to keep ill-gotten gains if they could successfully demonstrate that artificial price increases had not been absorbed by direct purchasers and if indirect purchasers were unable or unwilling to mount their own action.

[112] Courts were also concerned that acceptance of the passing-on defence would unduly increase the evidentiary burden of direct purchaser plaintiffs by requiring that they prove not only that they had suffered a loss, but also that they would not be benefiting from a windfall after having passed that loss on. This concern is particularly relevant since, as Professor Waddams points out in

[110] Les appelantes prétendent que si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est rejeté en droit canadien, cela signifie que ce transfert ne devrait pas être autorisé comme fondement de la cause d'action. Au soutien de leur thèse, elles s'appuient sur la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). En effet, cet arrêt a explicitement rejeté le transfert de la perte comme fondement de la cause d'action, en exprimant la crainte que le fardeau de preuve imposé aux demandeurs ne soit beaucoup trop lourd et qu'il existe un risque de responsabilité multiple des fabricants-défendeurs que les acheteurs directs et indirects pourraient poursuivre séparément.

[111] Nous ne sommes pas d'accord avec les appelantes. Les considérations de politique juridique qui militent contre le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte en common law devraient favoriser, en droit civil québécois, l'indemnisation de la perte transférée à un demandeur. Pour tirer cette conclusion, nous devons souligner que le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense n'empêche pas le transfert dans les faits. Le moyen de défense est rejeté, non pas parce que le transfert n'existe pas, mais plutôt, principalement, pour des considérations de politique juridique. En l'espèce, l'acceptation du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte nuirait à la réalisation des objectifs de dissuasion et d'indemnisation visés par la *Loi sur la concurrence*. Une telle acceptation risquerait de permettre aux auteurs d'un préjudice de conserver des gains mal acquis dans les cas où ils arriveraient à démontrer que les hausses de prix artificielles n'ont pas été absorbées par les acheteurs directs et où les acheteurs indirects ne seraient pas en mesure d'intenter leur propre action ou disposés à le faire.

[112] Les tribunaux craignaient également que l'acceptation du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte alourdisse indûment le fardeau de la preuve imposé aux acheteurs directs demandeurs, en exigeant qu'ils prouvent non seulement avoir subi une perte, mais aussi qu'ils ne réaliseront pas un bénéfice exceptionnel après avoir transféré cette perte. Cette préoccupation est particulièrement

The Law of Damages (5th ed. 2012), at p. 15-38, direct purchasers can suffer losses even where anti-competitive price increases are passed on, since, owing to market dynamics, higher prices can have an impact on sales volumes and profitability. In order to preserve a direct purchaser's cause of action, it is necessary to crystallize the loss by holding that the action against the defendants vests in the direct purchaser at the time of the purchase.

[113] By contrast, to reject the possibility, in the Quebec law of civil liability, of claiming compensation for a loss that has been passed on would be inconsistent with the twin objectives — deterrence and compensation — of extracontractual liability. To allow for recovery of such a loss would be compatible with those objectives.

[114] The risk of double recovery for a single loss should be assessed in light of the facts and circumstances specific to each case, as opposed to being dealt with in the abstract by means of a blanket application of inflexible rules. Every case will raise distinct evidentiary issues, and these issues are appropriately addressed on a case-by-case basis.

[115] In the instant case, there is no risk of double recovery, since the direct and indirect purchasers would be combined in a single group that would make a single collective claim of an aggregate loss. This case does not involve separate claims, so there is quite simply no risk of multiple liability for a single loss.

[116] The appellants submit that a notional risk of double recovery results from the application of art. 999 of the *C.C.P.*, which precludes legal persons with more than 50 employees from participating as members in a class action, thereby opening up the possibility of double recovery should a larger corporation bring a separate action. However, this risk is exactly as described: notional. There is no evidence before the Court that a separate action has

légitime car, comme le souligne le professeur S. M. Waddams dans *The Law of Damages* (5^e éd. 2012), p. 15-38, les acheteurs directs peuvent subir des pertes même lorsque les hausses de prix anticoncurrentielles sont transférées puisque, en raison de la dynamique de marché, des prix plus élevés sont susceptibles d'influer sur le volume des ventes et la rentabilité. Pour préserver la cause d'action d'un acheteur direct, il devient nécessaire de concrétiser la perte en concluant que l'action contre les défendeurs appartient à l'acheteur direct au moment de l'achat.

[113] Au contraire, le rejet de la possibilité, en droit québécois de la responsabilité civile, de demander réparation pour une perte transférée serait incompatible avec le double objectif de dissuasion et d'indemnisation du régime de la responsabilité extracontractuelle. De plus, la reconnaissance de la possibilité de recouvrer une telle perte respecterait ces objectifs.

[114] Le risque d'une double indemnisation d'une même perte devrait être évalué selon les faits et les circonstances spécifiques de chaque cas, en évitant de le traiter de façon abstraite par l'application générale de règles inflexibles. Chaque situation soulèvera des questions de preuve distinctes qui seront mieux évaluées au cas par cas.

[115] Dans la présente affaire, il n'existe aucun risque de double indemnisation puisque les acheteurs directs et indirects seraient réunis dans un même groupe qui présenterait une seule et même réclamation collective visant une perte globale. Comme la présente affaire ne concerne pas des réclamations distinctes, il n'existe tout simplement aucun risque de responsabilité multiple à l'égard de la même perte.

[116] Les appelantes prétendent qu'un risque théorique de double indemnisation découle de l'application de l'art. 999 *C.p.c.* En effet, cette disposition interdit aux personnes morales de plus de 50 employés de participer à titre de membres du recours collectif. En conséquence, une plus grande entreprise pourrait tenter une action distincte, ce qui créerait une possibilité de double indemnisation. Toutefois, le risque reste exactement comme il

been filed. In light of the flexible approach we have outlined above, a potentially valid action should not be barred on the basis of a theoretical concern that has not in fact materialized.

[117] In summary, therefore, passing on can serve as a sword under the civil law of Quebec even though it cannot serve as a shield. Accordingly, what remains for the respondent is to meet the threshold requirement for the demonstration of passing on that applies at the authorization stage.

(ii) Evidentiary Burden With Respect to Injury

[118] The appellants argue that the allegations made in the respondent’s motion are not sufficiently detailed and specific to discharge the burden of demonstrating that the loss was passed on to the indirect purchasers. Their position is that if the artificially inflated prices cannot be shown to have reached the indirect purchasers, those purchasers can have suffered no loss and for that reason cannot form part of the class. They claim that the respondent relies entirely on “speculative and unspecified allegations” and that the class action should accordingly not be authorized.

[119] In support of their position, the appellants cite *Toyota and Regroupement des citoyens contre la pollution v. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859. In the latter case, the Court of Appeal stated, at para. 32, that [TRANSLATION] “the allegations of fact set out in a motion for authorization to institute a class action must be sufficiently specific and precise to support *prima facie* the right the applicant wishes to assert”.

[120] These assertions raise two challenges which the respondent must overcome in order for the class action to be authorized. *First*, it must satisfy the courts that the claim of an aggregate loss is sufficient to meet the requirements of art. 1003(b)

est décrit : théorique. D’ailleurs, la Cour ne dispose d’aucun élément de preuve attestant l’introduction d’une action distincte. Suivant l’approche plus flexible dont nous avons fait état précédemment, un recours potentiellement valide ne devrait pas être déclaré irrecevable sur la base d’une préoccupation théorique qui ne s’est pas, de fait, matérialisée.

[117] Bref, le transfert de la perte peut servir d’épée en droit civil québécois et ce, même s’il ne peut servir de bouclier. En conséquence, l’intimée n’a plus qu’à satisfaire au critère préliminaire de la preuve du transfert applicable à l’étape de l’autorisation.

(ii) Le fardeau de la preuve relatif au préjudice

[118] Les appelantes soutiennent également que les allégations formulées par l’intimée dans sa requête ne sont pas suffisamment détaillées et précises pour lui permettre de s’acquitter du fardeau de démontrer le transfert de la perte aux acheteurs indirects. Selon leur thèse, si on ne peut établir que les prix artificiellement gonflés ont effectivement été transmis aux acheteurs indirects, il se peut que ceux-ci n’aient subi aucune perte et ne puissent, par voie de conséquence, faire partie du groupe. Elles plaident aussi que l’intimée s’appuie entièrement sur des [TRADUCTION] « allégations hypothétiques et non spécifiques » et que le recours collectif ne devrait donc pas être autorisé.

[119] À l’appui de leur thèse, les appelantes invoquent les affaires *Toyota* et *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859. Dans la seconde, la Cour d’appel a exposé, au par. 32, que « les allégations factuelles énoncées dans une requête en autorisation d’exercer un recours collectif doivent être particulières et précises au point de soutenir *prima facie* le droit que le requérant tente de faire valoir ».

[120] Selon ces prétentions, elles créent deux obstacles dans la demande d’autorisation du recours collectif. *Premièrement*, l’intimée doit convaincre les tribunaux que l’allégation de préjudice global suffit pour répondre aux exigences de l’al. 1003(b)

of the *C.C.P.* at this preliminary stage. *Second*, it must present a sufficient arguable case that the artificial price increases passed through the complex distribution channels and were absorbed, at least in part, by the indirect purchasers. Both these issues are intertwined with questions related to the evidentiary threshold requirement to be met at this stage.

1. *Aggregate Loss*

[121] As we mentioned above, the appellants argue that the respondent's allegations that the indirect purchasers suffered a loss are vague and imprecise. More specifically, they submit that the motion does not clearly state what injury the indirect purchasers suffered, how the alleged injury can be identified and quantified, or how misconduct in other jurisdictions can cause an injury in Quebec. The appellants add that the allegations set out in the motion are couched in language that is so vague as to be of no help in determining whether any injury was in fact suffered. They assert, citing *Toyota*, that allegations of loss which are [TRANSLATION] "vague, general and imprecise" are not sufficient.

[122] Furthermore, the appellants submit that the respondent, by alleging an aggregate loss, has failed to discharge the burden of showing *prima facie* that all members of the group had suffered an injury. They again cite *Toyota* for this proposition, and more specifically the following comment made by the Court of Appeal in that case, at para. 54:

[TRANSLATION] It is in effect essential to demonstrate the collective nature of the injury suffered, and a class action is not appropriate if it would give rise, at the hearing on the merits, to a multitude of small trials and if a major aspect of the dispute does not lend itself to collective determination because of a multiplicity of subjective factors.

[123] The appellants also cite *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, for the proposition that an aggregate loss is not sufficient to meet the requirement

C.p.c. à cette étape préliminaire. *Deuxièmement*, elle doit démontrer, de manière suffisante et sur le fondement d'une cause défendable, que les hausses artificielles du prix ont été répercutées à travers la chaîne de distribution complexe et ensuite été absorbées, du moins en partie, par les acheteurs indirects. Ces deux questions sont étroitement liées à l'exigence relative au seuil de preuve à laquelle il faut répondre à la présente étape.

1. *La perte globale*

[121] Comme nous l'avons souligné précédemment, les appelantes insistent sur le caractère vague et imprécis des allégations de l'intimée selon lesquelles les acheteurs indirects ont subi une perte. Les appelantes prétendent notamment que la requête n'indique pas clairement la nature du préjudice subi par les acheteurs indirects, ni comment il peut être identifié et quantifié, ou encore, de quelle manière l'inconduite survenue dans d'autres ressorts peut causer un préjudice au Québec. Elles ajoutent que le libellé des allégations formulées dans la requête est tellement vague qu'il ne permet pas de déterminer si un préjudice a réellement été subi. Citant l'arrêt *Toyota*, elles affirment que les allégations de perte, étant « vague[s], générale[s] et imprécise[s] », ne sont pas suffisantes.

[122] En outre, les appelantes plaident que l'intimée, en alléguant une perte globale, ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir *prima facie* que tous les membres du groupe avaient subi un préjudice. Elles s'appuient parfois sur l'arrêt *Toyota*, et plus précisément sur les commentaires suivants formulés par la Cour d'appel au par. 54 :

Il est, en effet, essentiel de démontrer le caractère collectif du dommage subi et le recours collectif n'est pas approprié lorsqu'il donnerait naissance, lors de l'audition au fond, à une multitude de petits procès et qu'un aspect important de la contestation engagée ne se prête pas à une détermination collective en raison d'une multiplication de facteurs subjectifs.

[123] Les appelantes renvoient également à l'arrêt *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, pour affirmer que la présence d'une perte globale ne satisfait pas

for authorization and that each member of the proposed group must be proven to have sustained a loss for the claim to succeed. In that case, Deschamps J. stated, at para. 53:

As I mentioned above, for a class action to be allowed, the plaintiff must establish the elements of fault, injury and causal connection in respect of each member of the group [Emphasis added.]

[124] We do not accept the appellants' arguments. In our opinion, the respondent has met the low evidentiary threshold requirement for demonstrating an injury at this preliminary stage of the proceedings.

[125] At the risk of being repetitive, we wish to stress that the evidentiary burden applicants must discharge at the authorization stage is that of establishing an arguable case. This means that the respondent must show that the members of the group suffered an injury. While it is true that a judge hearing a motion for authorization is responsible for weeding out frivolous cases, a class action alleging an aggregate loss is not, *per se*, frivolous. No provision of the *C.C.P.* bars such claims, which meet the twin objectives of deterrence and compensation that animate the class action system. Moreover, the *C.C.P.* itself provides for collective recovery (arts. 1031 to 1033). If both indirect and direct purchasers have in fact suffered losses, it would run counter to the legislative intent with respect to the class action not to allow the case to proceed to trial, where the merits can be appropriately weighed.

[126] At this preliminary stage, allowing the demonstration of an aggregate loss will provide flexibility for the proceedings without requiring applicants to establish each member's individual loss, which would be an overly onerous burden. How the loss might be allocated and compensated for can be left to the review of the merits of the case and to the stage of execution of an eventual judgment. Moreover, we cannot accept any argument that this would open the door to frivolous actions. If an aggregate loss can be demonstrated, the question

à l'exigence applicable à la procédure d'autorisation et qu'il faut prouver que chaque membre du groupe proposé a subi une perte pour que la demande soit accueillie. Dans ce pourvoi, la juge Deschamps a affirmé ce qui suit au par. 53 :

Comme je l'ai mentionné précédemment, pour que son action soit accueillie, le demandeur doit établir les éléments fautes, préjudice et lien de causalité à l'endroit de chacun des membres du groupe . . . [Nous soulignons.]

[124] Nous ne souscrivons pas aux arguments des appelantes. À notre avis, l'intimée s'est bien acquittée de l'exigence relative au seuil de preuve peu élevé de démontrer le préjudice à cette étape préliminaire de l'instance.

[125] Au risque de nous répéter, nous estimons que le fardeau de preuve dont doivent s'acquitter les requérants à l'étape de l'autorisation consiste à établir une cause défendable. Cela signifie que l'intimée doit démontrer que les membres du groupe ont subi un préjudice. Bien qu'il soit vrai que le juge saisi de la requête en autorisation se trouve investi du rôle d'écarter les causes frivoles, un recours collectif dans lequel on invoque une perte globale n'est pas, en soi, frivole. Aucune disposition du *C.p.c.* n'interdit pareilles demandes, qui respectent le double objectif de dissuasion et d'indemnisation inspirant le régime de recours collectif. En outre, le *C.p.c.* même prévoit le recouvrement collectif (art. 1031 à 1033). Si tant les acheteurs indirects que directs ont effectivement subi des pertes, il serait contraire à l'objectif législatif en matière de recours collectifs de ne pas autoriser l'instruction de l'affaire qui permettra de dûment apprécier son bien-fondé.

[126] À cette étape préliminaire, le fait de permettre la démonstration d'une perte globale apportera une certaine flexibilité à l'instance sans obliger les requérants à établir la perte individuelle subie par chaque membre du groupe, ce qui imposerait un fardeau trop onéreux. Le problème de la méthode selon laquelle les pertes pourraient être réparties et indemnisées peut être tranché lors de l'audition au fond, puis à l'étape de l'exécution d'un éventuel jugement. Au surplus, nous ne pouvons pas non plus accepter l'argument laissant entendre que cette

how that loss is to be divided among the members of the proposed group does not change the fact that a loss was indeed suffered. As a result, the demonstration of an aggregate loss is sufficient to meet the requirements of art. 1003(b) of the *C.C.P.* at the authorization stage, provided that the evidentiary threshold requirement is met.

[127] The threshold requirement for art. 1003 is that the applicants present an arguable case that an injury was suffered. Although more than bare allegations are required, this threshold falls comfortably below the civil standard of proof on a balance of probabilities.

[128] This evidentiary burden is less demanding than the one that applies in other parts of Canada. As evidenced by this Court's decision in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, indirect purchasers in other Canadian jurisdictions would, to obtain certification of a class proceeding, have to show that their claim has a sufficient basis in fact. An applicant in one of those jurisdictions would be required to produce expert testimony and advance a methodology capable of demonstrating an aggregate loss that would apply to both direct and indirect purchasers. However, presentation of expert evidence is not the norm at the authorization stage in Quebec. A requirement that applicants adduce such evidence and advance a sophisticated methodology capable of demonstrating an aggregate loss and how that loss was passed on through complex distribution channels would be more onerous than the threshold requirement for art. 1003.

[129] With regard to the appellants' reliance on *Toyota* for the proposition that an aggregate loss is not sufficient at the authorization stage, we agree with Kasirer J.A. that the appellants have given an overly broad reading to that case. The reasons of Baudouin J.A. in *Toyota* do nothing to persuade us that the burden should be more onerous at the authorization stage than the one we have outlined

approche pourrait ouvrir la porte à des recours frivoles. Si la perte globale peut être démontrée, la manière dont cette perte doit être divisée entre les membres du groupe proposé ne change rien au fait qu'une perte a effectivement été subie. En conséquence, à l'étape de l'autorisation, la preuve d'une perte globale suffit pour répondre aux exigences de l'al. 1003b) *C.p.c.* pour autant que l'exigence relative au seuil de preuve soit respectée.

[127] Une telle exigence impose aussi aux requérants de démontrer qu'il est possible de soutenir qu'un préjudice a été subi. Bien que les requérants ne puissent se contenter de formuler de simples allégations, ce seuil est beaucoup moins exigeant que la norme de preuve applicable en droit civil, soit celle de la prépondérance des probabilités.

[128] Ce fardeau de preuve est aussi moins exigeant que celui qui s'applique ailleurs au Canada. En effet, comme l'atteste la décision de notre Cour dans *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif dans d'autres ressorts canadiens, les acheteurs indirects doivent démontrer que leur demande repose sur un fondement factuel suffisant. Les requérants de ces ressorts doivent présenter des témoignages d'experts et proposer une méthodologie susceptible de prouver une perte globale touchant les acheteurs tant directs qu'indirects. Or, la présentation de ce type de témoignage d'expert ne constitue pas la norme à l'étape de l'autorisation au Québec. Le seuil d'application de l'art. 1003 serait outrepassé si les requérants étaient tenus de présenter une telle preuve et de proposer une méthodologie sophistiquée pouvant démontrer une perte globale et la façon dont celle-ci a traversé des canaux de distribution complexes.

[129] Nous partageons le point de vue du juge Kasirer selon lequel les appelantes ont donné une interprétation trop large à l'arrêt *Toyota*, lorsqu'elles prétendent s'appuyer sur cet arrêt pour plaider que la preuve d'une perte globale ne suffit pas à l'étape de l'autorisation. Les motifs énoncés par le juge Baudouin dans *Toyota* ne nous persuadent aucunement que le fardeau des requérants devrait

above. In fact, Baudouin J.A. reiterated this point himself in *Toyota*, at paras 43-44. Rather than laying down sweeping principles that would apply to the case at bar, *Toyota* was based on unique circumstances that are easily distinguished from those of this case. In comments with which we agree, Kasirer J.A. aptly summarized the relevant distinctions from that case as follows, at para. 99:

It was the very particular character of the price-maintenance scheme, which put an end to price negotiation by new car buyers, that explained why the motion for a class action failed in that case. For able negotiators contending with the price-maintenance scheme in *Toyota*, the fixed price created a loss. But for poor negotiators in the same class, the fixed price resulted in a gain. There was accordingly no way of knowing, based on the allegations made, whether losses outweighed gains and, importantly, how the foregone opportunity to negotiate was to be quantified as a loss. Contrary to *Toyota*, it cannot be said in the present case that the allegations create an uncertainty as to whether there is an aggregate loss to direct and indirect buyers of DRAM. The allegations are precise in that respect. This is not a case that runs the risk, at trial, of disintegrating into the multiple trials Baudouin, J.A. warned against in *Toyota*. Indeed the motions judge himself recognized at paragraph 153 of the judgment *a quo*.

[130] We will now turn to the appellants' assertion that an injury must be made out for each member of the proposed group, a proposition for which they cite *Malhab*. Much like the appellants' argument with respect to *Toyota*, this argument is based on an overly broad interpretation of the principles laid down in *Malhab*. Although *Malhab* did address the issue of proof of injury for each individual member of the group, it did so in the context of a trial on the merits. The plaintiffs in *Malhab* therefore faced a much stricter burden of demonstrating an injury across the group. In the

être plus onéreux à l'étape de l'autorisation que celui que nous avons décrit précédemment. En fait, le juge Baudouin a lui-même repris cette idée aux par. 43-44 de l'arrêt *Toyota*. Loin d'exposer des principes très généraux qui s'appliqueraient à la présente affaire, l'affaire *Toyota* se rattachait plutôt à des circonstances uniques se distinguant nettement de celles du présent pourvoi. Formulant des propos auxquels nous souscrivons, le juge Kasirer résume avec justesse, au par. 99 de ses motifs, les distinctions pertinentes qu'il convient d'établir entre *Toyota* et la présente affaire :

[TRADUCTION] C'est la nature très particulière du régime de maintien des prix, lequel a mis fin à la négociation des prix par les acheteurs de nouvelles voitures, qui expliquait pourquoi la requête en autorisation d'un recours collectif a été rejetée dans cette affaire. Pour les négociateurs chevronnés qui étaient confrontés au régime de maintien des prix chez *Toyota*, les prix fixés ont créé une perte. Mais pour les négociateurs inexpérimentés du même groupe, le prix fixé a engendré un gain. Par conséquent, il n'y avait aucun moyen de savoir, sur le fondement des allégations formulées, si les pertes étaient plus importantes que les gains et, surtout, comment la privation de la possibilité de négocier allait être quantifiée en tant que perte. Contrairement à *Toyota*, on ne saurait affirmer en l'espèce que les allégations créent une incertitude quant à savoir si les acheteurs directs et indirects de DRAM ont subi une perte globale. Les allégations sont précises à cet égard. Il ne s'agit pas d'un cas qui risque, au procès, de se fragmenter en une multitude de petits procès contre lesquels le juge Baudouin avait fait une mise en garde dans *Toyota*. En effet, le juge saisi des requêtes l'a lui-même reconnu au paragraphe 153 du jugement *a quo*.

[130] Penchons-nous maintenant sur l'affirmation des appelantes, qui invoquent à cet égard l'arrêt *Malhab*, selon lequel le préjudice doit être établi pour chaque membre du groupe proposé. Tout comme leur argument relatif à l'arrêt *Toyota*, cet autre argument s'appuie sur une interprétation trop large des principes exposés dans l'affaire *Malhab*. Bien que cet arrêt traite effectivement de la question de la preuve du préjudice subi par chaque membre du groupe, il le fait dans le contexte d'un procès. Dans cette affaire, les demandeurs faisaient ainsi face au fardeau beaucoup plus lourd de démontrer

instant case, which is at the authorization stage, the respondent is merely required to establish an arguable case of an injury suffered. It is therefore not necessary at this preliminary stage to prove that each member of the group suffered a loss. As we indicated above, the demonstration of an aggregate loss may be enough at the authorization stage.

[131] Even if the difference between the stages of the proceedings is disregarded, the requirements with respect to an aggregate injury that were established in *Malhab* were adopted in a context distinct from that of the case at bar. In that case, the Court had to determine whether an entire ethnic group had suffered an injury from defamatory comments made in the media. The tort of defamation is unique in that it balances freedom of expression against the protection of reputation. Establishing damage to reputation on a collective basis would require an extraordinary set of circumstances. As Deschamps J. explained, at para. 66, “the imputing of a single characteristic to all members of a group that is highly heterogeneous, has no specific organization or has flexible, broadly defined admission criteria would make an allegation of personal injury implausible”. On the other hand, claims of losses resulting from artificially inflated prices do not require an examination of the characteristics of individual members aside from their having purchased a particular product and paid an inflated price. Questions about visibility in the community, historical stigmatization, the type and tone of defamatory comments, societal perceptions, and the impact of a myriad of other traits of the group on the alleged injury are irrelevant to the demonstration of losses in a case involving an anti-competitive price-fixing scheme.

[132] These marked differences limit a court’s ability to draw inferences about injuries suffered on an individual basis. As Deschamps J. explained, “the plaintiff must prove an injury shared by all

le préjudice subi par tout le groupe. Dans le présent pourvoi, qui se trouve à l’étape de l’autorisation, l’intimée est simplement tenue d’établir qu’il est possible de soutenir qu’un préjudice a été subi. Aussi n’est-il pas nécessaire, à cette étape préliminaire, de prouver que chaque membre du groupe a subi une perte. Comme nous l’avons déjà mentionné, il peut suffire de prouver, à l’étape de l’autorisation, une perte globale.

[131] Même si on fait abstraction du fait que les deux recours ne se trouvent pas à la même étape, les exigences relatives au préjudice global, établies par l’arrêt *Malhab*, ont été adoptées dans un contexte distinct de celui de la présente affaire. Dans *Malhab*, la Cour devait déterminer si un groupe ethnique en entier avait subi un préjudice en raison de propos diffamatoires tenus dans les médias. Le délit de la diffamation est unique en ce qu’il maintient l’équilibre entre la liberté d’expression et la protection de la réputation. Prouver une atteinte à la réputation sur une base collective exigerait la présence d’un ensemble extraordinaire de circonstances. Comme l’explique la juge Deschamps au par. 66, « l’imputation d’une caractéristique unique à tous les membres d’un groupe très hétérogène, sans organisation précise ou appliquant des critères d’admission souples et définis largement rend peu plausible une allégation de préjudice personnel ». Par ailleurs, les demandes fondées sur des pertes découlant de prix artificiellement gonflés ne requièrent pas l’examen des caractéristiques de chacun des membres, hormis la question de savoir si ceux-ci ont acheté un produit en particulier et payé un prix gonflé. Les problèmes concernant la visibilité dans la communauté, la stigmatisation historique, le genre et le ton des propos diffamatoires, les perceptions de la société et les effets d’une myriade d’autres traits du groupe sur le préjudice allégué ne jouent aucun rôle dans la démonstration des pertes dans une affaire relative à un stratagème de fixation de prix anticoncurrentiels.

[132] Ces différences marquées limitent la capacité des tribunaux à tirer des conclusions concernant les préjudices subis sur une base individuelle. Comme l’explique la juge Deschamps, « le demandeur doit

members of the group so the court can infer that personal injury was sustained by each member” (*Malhab*, at para. 54).

[133] On the nature of the specific allegations in the instant case, we agree with the Court of Appeal’s conclusion that the respondent has presented an arguable case of loss that is sufficient to meet the requirements of art. 1003(b) of the *C.C.P.* As we mentioned above, the respondent alleged the following in its motion for authorization: (a) a price-fixing conspiracy had artificially inflated the price of DRAM sold in Quebec (para. 2.14); (b) direct and indirect purchasers of DRAM had collectively overpaid as a result of this anti-competitive conspiracy (paras. 2.15 and 2.15.1); (c) all members of the group had assumed the inflated portion of the price, either in whole or in part (para. 2.16); and finally (d) the collective injury suffered by the entire group was equivalent to the total overpayment by the direct and indirect purchasers (para. 2.17).

[134] On their own, these bare allegations would be insufficient to meet the threshold requirement of an arguable case. Although that threshold is a relatively low bar, mere assertions are insufficient without some form of factual underpinning. As we mentioned above, an applicant’s allegations of fact are assumed to be true. But they must be accompanied by some evidence to form an arguable case. The respondent has provided evidence, limited though it may be, in support of its assertions, namely the exhibits attesting to the existence of a price-fixing conspiracy and to the international impact of that conspiracy, which had been felt in the United States and Europe. At the authorization stage, the apparent international impact of the appellants’ alleged anti-competitive conduct is sufficient to support an inference that the members of the group did, arguably, suffer the alleged injury.

[135] Accordingly, we agree with Kasirer J.A.’s conclusion that on the facts of this case, the aggregate loss alleged by the respondent is sufficient

établir un préjudice que partagent tous les membres du groupe et qui permet au tribunal d’inférer un préjudice personnel chez chacun des membres » (*Malhab*, par. 54).

[133] En examinant la nature des allégations spécifiques en l’espèce, nous souscrivons à la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’intimée a fait valoir qu’il était possible de soutenir l’existence d’une perte suffisante pour répondre aux exigences de l’al. 1003b) *C.p.c.* Comme nous l’avons déjà noté, l’intimée a allégué ce qui suit dans la requête en autorisation : a) le complot de fixation des prix a gonflé artificiellement les prix de la DRAM vendue au Québec (par. 2.14); b) les acheteurs directs et indirects de DRAM ont collectivement payé trop cher par suite de ce complot anticoncurrentiel (par. 2.15 et 2.15.1); c) tous les membres du groupe ont absorbé la portion gonflée du prix, en tout ou en partie (par. 2.16); et enfin, d) le préjudice collectif subi par l’ensemble du groupe correspondait au paiement excédentaire total effectué par les acheteurs directs et indirects (par. 2.17).

[134] À elles seules, ces simples allégations seraient insuffisantes pour satisfaire à la condition préliminaire d’établir une cause défendable. Bien que cette condition soit relativement peu exigeante, de simples affirmations sont insuffisantes sans quelque forme d’assise factuelle. Comme nous l’avons déjà souligné, les allégations de fait formulées par un requérant sont présumées vraies. Mais elles doivent tout de même être accompagnées d’une certaine preuve afin d’établir une cause défendable. Or, l’intimée a présenté une preuve, aussi limitée qu’elle puisse être, à l’appui de ses affirmations. Ainsi, les pièces attestent l’existence d’un complot visant la fixation des prix et de ses effets internationaux, qui ont été ressentis aux États-Unis et en Europe. À l’étape de l’autorisation, ces répercussions internationales apparentes du comportement anticoncurrentiel allégué des appelantes suffisent pour inférer que les membres du groupe auraient subi le préjudice allégué.

[135] En conséquence, nous sommes d’accord avec la conclusion du juge Kasirer selon laquelle au vu des faits de l’espèce, la perte globale alléguée

in Quebec law to demonstrate an injury in accordance with the evidentiary standard applicable at the authorization stage. The arduous task of actually proving this loss for each member of the group is one that would be more appropriately undertaken at trial.

2. *Passing On*

[136] At the authorization stage, the evidentiary standard for demonstrating passing through is no different than the one for demonstrating an aggregate loss. The applicant must establish an arguable case that losses were passed on.

[137] Given this low threshold, the applicant is neither expected nor required to adduce expert testimony and advance a sophisticated methodology. Indeed, at this stage, the applicant need not even propose a possible methodology for the trial. But the representative of the class will need to be able to prove that losses were passed on to the indirect purchasers in order to succeed at trial. The Court of Appeal set these principles out succinctly in *Pharmascience*, at para. 52:

Although the legal argument described in the proceedings is easily stated, there is still a marked want of proof behind the allegations in the motion for authorization. At this stage, however, the apparent complexity of the case is irrelevant under Quebec's *Act respecting the class action*. It does not fall to the judge hearing the motion for authorization to assess the risks and pitfalls faced by the applicant. Indeed, even if the judge did find that some of the claims were without merit, she would not be authorized to immediately exclude them from the debate because the motion for partial dismissal has been struck out of the *Code of Civil Procedure*.

[138] At this early stage, the aggregate loss alleged by the respondent and supported by the exhibits referred to above is enough to meet the burden of an arguable case. As Kasirer J.A. noted,

par l'intimée suffit en droit québécois pour démontrer le préjudice conformément à la norme de preuve applicable à l'étape de l'autorisation. Quant à la difficile tâche de prouver effectivement cette perte pour chacun des membres du groupe, c'est davantage dans le cadre du procès qu'il convient de l'entreprendre.

2. *Le transfert des pertes*

[136] À l'étape de l'autorisation, la norme de preuve à satisfaire pour démontrer le transfert de la perte ne diffère pas de celle qui s'applique pour démontrer la perte globale. Le requérant doit en effet établir qu'il est possible de soutenir que des pertes ont été transférées.

[137] Compte tenu de ce seuil peu élevé, il ne faut pas s'attendre, à l'étape de l'autorisation du recours, à ce que le requérant présente des témoignages d'expert et propose une méthodologie sophistiquée, ni l'exiger de sa part. De fait, à la présente étape, le requérant n'est même pas tenu de proposer une méthodologie envisageable pour le procès. Pour que, dans la présente affaire, la demande soit accueillie à l'issue du procès, la représentante du groupe devra être en mesure de prouver le transfert des pertes aux acheteurs indirects. La Cour d'appel décrit brièvement ces principes dans *Pharmascience*, au par. 52 :

Bien que ce syllogisme juridique, décrit à la procédure, puisse être énoncé aisément, il se profile néanmoins derrière ces allégations de la requête en autorisation d'évidentes difficultés de preuve. Toutefois, cette complexité, à tout le moins apparente de l'affaire, est, à ce stade, sans pertinence dans le cadre de la *Loi sur le recours collectif* au Québec. En effet, il n'appartient pas au juge saisi de la demande d'autorisation d'évaluer les risques et les écueils qui guettent le requérant. Plus encore, même si la juge constatait que certaines réclamations n'avaient aucun fondement, elle ne serait pas autorisée à les exclure immédiatement du débat. Cela découle de la suppression de la requête en irrecevabilité partielle au *Code de procédure civile*.

[138] À cette étape initiale, la perte globale alléguée par l'intimée et appuyée par les pièces évoquées précédemment suffit à cette dernière pour s'acquitter du fardeau de présenter une cause

the “challenge will be a substantial one at trial but it would be inappropriate, once damage is alleged, to say that the class action should not proceed past the authorization stage because the challenge is too great” (para. 117). If at trial the respondent is unable to demonstrate how the loss was passed on to the indirect purchasers and how it is to be calculated, the action might fail at that stage.

[139] Subject to these reservations, we agree that the respondent has met the threshold requirements of art. 1003 of the *C.C.P.* in respect of the alleged injury. We will now turn to the problem of the causal connection between the fault and the injury.

(c) *Causation*

[140] To establish causation under art. 1457 of the *C.C.Q.*, it is necessary to show that the injury suffered was an immediate and direct consequence of the fault. As stated in art. 1607 of the *C.C.Q.*:

1607. The creditor is entitled to damages for bodily, moral or material injury which is an immediate and direct consequence of the debtor’s default.

[141] The appellants argue that any losses suffered by indirect purchasers fail to meet this requirement of directness, because the alleged injury is a “*dommage par ricochet*” ([TRANSLATION] “indirect damage”). They assert that each direct purchaser and each upstream indirect purchaser made the decision to pass on some, all or none of the overcharge that allegedly stemmed from the appellants’ anti-competitive conduct. According to the appellants, this choice to pass on or absorb a price increase is enough to break the chain of causation, since they did not retain control over the price of DRAM throughout the distribution chain. They submit that the indirect purchasers cannot be said to have suffered damage directly, since the actions of other parties determined the price paid for DRAM by end users.

défendable. Comme le souligne le juge Kasirer, le [TRADUCTION] « défi sera majeur au procès, mais il serait malvenu, une fois que le préjudice est allégué, d’affirmer que le recours collectif ne devrait pas suivre son cours après l’étape de l’autorisation parce que le défi est trop grand » (par. 117). Au procès, si l’intimée n’est pas en mesure de démontrer comment la perte a été transférée aux acheteurs indirects ni comment elle doit être calculée, le recours collectif pourrait être rejeté.

[139] Sous ces réserves, nous convenons que l’intimée a satisfait aux conditions préliminaires de l’art. 1003 *C.p.c.* à l’égard du préjudice allégué. Nous devons maintenant nous pencher sur le problème du lien de causalité entre la faute et le préjudice.

(c) *Le lien de causalité*

[140] Pour établir le lien de causalité prévu à l’art. 1457 *C.c.Q.*, il faut démontrer que le préjudice subi constituait une suite immédiate et directe de la faute. L’article 1607 *C.c.Q.* se lit comme suit :

1607. Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe.

[141] Les appelantes prétendent que toute perte subie par les acheteurs indirects ne répond pas à cette exigence du caractère direct puisque les préjudices allégués constituent des « dommages par ricochet ». Elles affirment ainsi que chaque acheteur direct et chaque acheteur indirect en amont a pris la décision de transférer en tout ou en partie — ou même encore de ne pas transférer — les montants surfacturés qui découleraient du comportement anticoncurrentiel des appelantes. Selon les appelantes, ce choix de transférer ou d’absorber une hausse du prix suffit pour rompre le lien de causalité, puisqu’elles n’ont pas conservé le contrôle du prix de la DRAM dans l’ensemble de la chaîne de distribution. Les appelantes allèguent en outre qu’on ne peut affirmer que les acheteurs indirects ont subi un préjudice direct car les agissements d’autres parties ont déterminé le prix que les utilisateurs finaux ont payé pour la DRAM.

[142] While the appellants correctly state that Quebec civil law does not permit compensation for indirect damage, they fail to make an important distinction between indirect damage and the “*victime par ricochet*” ([TRANSLATION] “indirect victim”). The indirect victim is someone who suffers an autonomous injury after the commission of a fault, where the damage suffered was the logical, direct and immediate result of the fault. This is contrasted with indirect damage where the damage itself is indirect, because its source is not the immediate fault. Baudouin and Deslauriers comment on the application of this distinction, at No. 1-327:

[TRANSLATION] In our opinion, the debate should focus not, as has been the case, in a formalistic and artificial manner on whether a broad or a narrow interpretation should be given to the word *another*, but on the real issue, that of the causal connection. The courts must therefore determine, in each case, independently of the claimant’s personality, whether the *injury* being claimed is a direct consequence of the fault, rather than trying to determine whether the *applicant* is the *immediate victim*.

[143] This distinction was ably explained by a Superior Court judge in *Hubert v. Merck & Co. Inc.*, 2007 QCCS 3291 (CanLII), a judgment on a motion in an authorization proceeding that involved indirect victims, at paras 12-13:

[TRANSLATION] At law, an indirect victim can have a cause of action against the person who caused the injury if he or she can prove that the person in question committed a fault.

The indirect victim’s injury, although distinct from that of the direct victim, is an immediate and direct result of that fault.

[144] We agree with this reasoning and accept the distinction between an indirect victim and indirect damage. Thus, the damage must be shown to be a direct consequence of the injurious act, but the plaintiff need not be the immediate victim of that act in order to recover. But at the authorization stage, the applicant needs only to present an arguable case that the loss was a direct result of the

[142] Bien que les appelantes affirment à bon droit que le droit civil québécois ne permet pas l’indemnisation des dommages par ricochet, elles omettent une distinction importante entre le « dommage par ricochet » et la « victime par ricochet ». La « victime par ricochet » est une victime indirecte qui subit un préjudice autonome après la perpétration d’une faute, lorsque le préjudice subi représente le résultat logique, direct et immédiat de la faute. Cette notion diffère du dommage par ricochet, où le préjudice même est indirect parce que son origine n’est pas la faute immédiate. Les auteurs Baudouin et Deslauriers formulent d’ailleurs les commentaires suivants sur l’application de cette distinction, au n° 1-327 :

Le débat, à notre avis, ne doit pas se situer d’une façon formaliste et artificielle, comme ce fut le cas, autour d’une interprétation large ou restrictive à donner au mot *autrui*, mais autour du véritable problème qui est celui de la relation causale. Les tribunaux doivent donc évaluer, dans chaque cas particulier, si le *dommage* réclamé est une conséquence directe de la faute, indépendamment de la personnalité du réclamant, et non pas chercher à décider si le *demandeur* est bien la *victime immédiate*.

[143] Aux paragraphes 12 et 13 de l’arrêt *Hubert c. Merck & Co. Inc.*, 2007 QCCS 3291 (CanLII), un jugement sur une requête présentée dans le cadre d’une procédure d’autorisation concernant des « victimes par ricochet », un juge de la Cour supérieure a expliqué éloquemment cette distinction :

En droit, les victimes par ricochet peuvent jouir d’une cause d’action contre l’auteur du préjudice, si elles établissent que cette personne a commis une faute.

Le préjudice de la victime par ricochet, bien que distinct du préjudice de la personne blessée, est une suite immédiate et directe de la faute commise par l’auteur.

[144] Nous souscrivons à ce raisonnement, en reconnaissant la distinction qui existe entre la victime par ricochet et le dommage par ricochet. En conséquence, il faut démontrer que le préjudice constitue une suite directe du fait dommageable, mais, pour pouvoir obtenir réparation, le demandeur ne doit pas forcément être la victime immédiate du fait en question. Ainsi, à l’étape de l’autorisation, le

alleged misconduct. In the instant case, it would be wrong at this stage to find that only the direct purchasers suffered a direct injury. Although the indirect purchasers may be indirect victims, the injury they allegedly suffered was a direct result of the appellants' anti-competitive conduct.

[145] In light of this distinction, we agree with the Court of Appeal that the appellants' argument based on art. 1607 of the *C.C.Q.* must fail and that the demonstration of causation is sufficient to meet the requirements of the authorization stage. Whether causality — a direct link between the fault and the injury — can be proved on a balance of probabilities is a question best addressed at trial.

(d) *Article 1003(b) — Conclusion*

[146] In our opinion, the respondent has discharged its burden with respect to the demonstration of fault, injury and causation at the authorization stage. We will now turn to arts. 1003(d) and 1048 of the *C.C.P.* to determine whether Ms. Cloutier and Option consommateurs are in a position to adequately represent the members of the proposed group.

(3) Articles 1003(d) and 1048 — Adequate Representation of the Group's Members

[147] The appellants make two arguments as to why Ms. Cloutier does not meet the requirements for representing the members of the proposed group under art. 1003(d) of the *C.C.P.* First, they submit that Ms. Cloutier cannot represent a group whose members purchased DRAM or products containing DRAM in Quebec, because she purchased her computer in Ontario. As we mentioned above in discussing the issue of jurisdiction, however, Ms. Cloutier's computer is deemed under the *Consumer Protection Act* to have been purchased in Montréal under a remote-parties contract.

requérant doit seulement démontrer qu'il est possible de soutenir que la perte était le résultat direct de l'inconduite reprochée. En l'espèce, il serait erroné à la présente étape de la procédure de conclure que seuls les acheteurs directs ont subi un préjudice direct. Bien que les acheteurs indirects puissent être des victimes par ricochet, le préjudice qu'ils allèguent avoir subi représentait le résultat direct du comportement anticoncurrentiel des appelantes.

[145] Compte tenu de cette distinction, nous sommes d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel selon lesquelles l'argument des appelantes fondé sur l'art. 1607 *C.c.Q.* doit être rejeté et que la preuve du lien de causalité est suffisante pour satisfaire aux exigences de l'étape de l'autorisation. Par ailleurs, il sera préférable de trancher lors du procès au fond la question de déterminer si le lien de causalité — le lien direct entre la faute et le préjudice — peut être prouvé selon la prépondérance des probabilités.

d) *Conclusion sur l'al. 1003b)*

[146] À notre avis, l'intimée s'est acquittée du fardeau relatif à la démonstration de la faute, du préjudice et du lien de causalité à l'étape de l'autorisation. Nous examinerons maintenant l'al. 1003d) et l'art. 1048 *C.p.c.* pour déterminer si M^{me} Cloutier et Option consommateurs sont en mesure de représenter de façon adéquate les membres du groupe proposé.

(3) Alinéa 1003d) et art. 1048 — La représentation adéquate des membres du groupe

[147] Les appelantes avancent deux arguments pour démontrer que M^{me} Cloutier ne satisfait pas aux exigences de l'al. 1003d) *C.p.c.* pour représenter les membres du groupe proposé. Premièrement, elles prétendent que M^{me} Cloutier, ayant acheté son ordinateur en Ontario, ne peut représenter un groupe dont les membres ont acheté de la DRAM ou des produits équipés de DRAM au Québec. Or, comme nous l'avons mentionné en examinant la question de la compétence, l'ordinateur de M^{me} Cloutier est réputé, selon la *Loi sur la protection du consommateur*, avoir été acheté à Montréal dans le cadre d'un contrat à distance.

[148] Second, the appellants argue that there is an inherent conflict of interests between Ms. Cloutier, as an indirect purchaser, and the direct purchasers. More specifically, the appellants assert that the direct and indirect purchasers have opposing interests in that each of these subgroups will argue that its members absorbed the full amount of the overcharge resulting from the price-fixing conspiracy. This argument has no valid basis.

[149] Article 1003(d) of the *C.C.P.* provides that “the member to whom the court intends to ascribe the status of representative [must be] in a position to represent the members adequately”. In *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), P.-C. Lafond posits that adequate representation requires the consideration of three factors: [TRANSLATION] “. . . interest in the suit . . . , competence . . . and absence of conflict with the group members . . .” (p. 419). In determining whether these criteria have been met for the purposes of art. 1003(d), the court should interpret them liberally. No proposed representative should be excluded unless his or her interest or competence is such that the case could not possibly proceed fairly.

[150] Even if a conflict of interests can be established, the court should be reluctant to take the extreme action of denying authorization. As Lafond states, at p. 423, [TRANSLATION] “[i]n the event of a conflict, denying authorization is in our opinion an overly radical step that would harm the absent members, especially given that the judge sitting at the stage of the motion for authorization has the power to ascribe the status of representative to a member other than the applicant or the proposed member.” Given that the purpose of the authorization stage is merely to screen out frivolous claims, it follows that the purpose of art. 1003(d) cannot be to deny authorization if there is only a possibility of conflict. This position is supported by the case law, as authorization appears to have been denied under art. 1003(d) on the basis of a conflict of interests only where prospective representative plaintiffs had failed to disclose material facts or were undertaking the legal proceedings purely for personal gain.

[148] Deuxièmement, les appelantes plaident l'existence d'un conflit d'intérêts inhérent entre M^{me} Cloutier, à titre d'acheteuse indirecte, et les acheteurs directs. Plus précisément, elles affirment que les acheteurs directs et indirects ont des intérêts opposés en ce sens que chacun de ces sous-groupes prétendra que ses membres ont absorbé la totalité de la surfacturation découlant du complot de fixation des prix. Cet argument ne convainc pas.

[149] Selon l'alinéa 1003d) *C.p.c.*, « le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant [doit être] en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres ». Dans *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), P.-C. Lafond avance que la représentation adéquate impose l'examen de trois facteurs : « . . . l'intérêt à poursuivre [. . .], la compétence [. . .] et l'absence de conflit avec les membres du groupe . . . » (p. 419). Pour déterminer s'il est satisfait à ces critères pour l'application de l'al. 1003d), la cour devrait les interpréter de façon libérale. Aucun représentant proposé ne devrait être exclu, à moins que ses intérêts ou sa compétence ne soient tels qu'il serait impossible que l'affaire survive équitablement.

[150] Même lorsqu'un conflit d'intérêts peut être démontré, le tribunal devrait hésiter à prendre la mesure draconienne de refuser l'autorisation. D'après Lafond à la p. 423, « [e]n cas de conflit, le refus de l'autorisation nous apparaît une mesure trop radicale qui porterait préjudice aux membres absents, d'autant plus que le juge siégeant au stade de la requête pour autorisation a le pouvoir d'attribuer le statut de représentant à un autre membre que le requérant lui-même ou le membre proposé. » Puisque l'étape de l'autorisation vise uniquement à écarter les demandes frivoles, il s'ensuit que l'al. 1003d) ne peut avoir pour conséquence de refuser l'autorisation en présence d'une simple possibilité de conflit. Ce point de vue est d'ailleurs étayé par la jurisprudence qui semble refuser l'autorisation en vertu de l'al. 1003d) pour cause de conflit d'intérêts seulement lorsque les représentants demandeurs omettent de divulguer des faits importants ou intentent le recours dans le seul but d'obtenir des gains personnels. (Voir *Croteau c. Air*

(See *Croteau v. Air Transat A.T. inc.*, 2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Black v. Place Bonaventure inc.* (2004), 41 C.C.P.B. 181 (Que. C.A.); *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. v. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446 (CanLII); *Bourgoin v. Bell Canada inc.*, 2007 QCCS 6087 (CanLII); and *Rosso v. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61.)

[151] It would accordingly be contrary to the spirit of art. 1003(d) of the *C.C.P.* to deny authorization for the proposed group of purchasers of DRAM on the basis of a potential conflict of interests between members of the group. The record does not suggest that Option consommateurs and Ms. Cloutier are undertaking and conducting the proceedings dishonestly or that they have failed to disclose material facts that would reveal a conflict with other members. Further, the class members clearly share a common interest in establishing the aggregate loss and in maximizing the amount of this loss. As the British Columbia Supreme Court astutely pointed out in its decision at trial in *Sun-Rype*, “[t]he only parties at this time that have an interest in having the direct and indirect purchasers in a conflict of interest are the defendants” (2010 BCSC 922 (CanLII), at para. 194).

[152] The appellants also submit, on the basis of art. 1048 of the *C.C.P.*, that Option consommateurs should not be permitted to represent both the direct and the indirect purchasers, because its mandate of advocating for consumers runs counter to the interests of the direct purchasers. Article 1048 reads as follows:

1048. A legal person established for a private interest, partnership or association defined in the second paragraph of article 999 may apply for the status of representative if

(a) one of its members designated by it is a member of the group on behalf of which it intends to bring a class action; and

Transat A.T. inc., 2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Black c. Place Bonaventure inc.* (2004), 41 C.C.P.B. 181 (C.A. Qué.); *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446 (CanLII); *Bourgoin c. Bell Canada inc.*, 2007 QCCS 6087 (CanLII); et *Rosso c. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61.)

[151] En conséquence, il serait contraire à l’esprit de l’al. 1003d) *C.p.c.* de refuser l’autorisation au groupe proposé d’acheteurs de DRAM sur le fondement d’un éventuel conflit d’intérêts entre les membres du groupe. D’ailleurs, le dossier n’indique pas qu’Option consommateurs et M^{me} Cloutier ont intenté le recours et le mènent d’une manière malhonnête ou qu’elles ont omis de divulguer des faits importants qui révéleraient un conflit avec d’autres membres. En outre, les membres du groupe partagent manifestement l’intérêt commun d’établir la perte globale du groupe et d’en maximiser le montant. Comme l’a judicieusement affirmé la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Sun-Rype*, décision de première instance, [TRADUCTION] « [I]es défenderesses sont les seules parties à ce moment-ci qui ont un intérêt à ce que les acheteurs directs et indirects soient en conflit d’intérêts » (2010 BCSC 922 (CanLII), par. 194).

[152] Les appelantes argumentent également, en se fondant sur l’art. 1048 *C.p.c.*, qu’Option consommateurs ne devrait pas être autorisée à représenter à la fois les acheteurs directs et les acheteurs indirects puisque son mandat de défenseur des consommateurs va à l’encontre des intérêts des acheteurs directs. Cet article 1048 est rédigé comme suit :

1048. Une personne morale de droit privé, une société ou une association visée au deuxième alinéa de l’article 999 peut demander le statut de représentant si :

a) un de ses membres qu’elle désigne est membre du groupe pour le compte duquel elle entend exercer un recours collectif; et

(b) the interest of that member is linked to the objects for which the legal person or association has been constituted.

[153] We see no reason to prevent Option consommateurs from continuing to represent the interests of both the direct and the indirect purchasers at this stage of the litigation. Much like art. 1003, art. 1048 is intended to be a flexible gatekeeper. As the Superior Court pointed out in *Association des résidents riverains de la Lièvre inc. v. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 5661 (CanLII), at paras. 180-81, the purpose of art. 1048 is to enable a legal person with no direct interest in an action to be granted the status of representative. And as Kasirer J.A. correctly pointed out in his reasons in the case at bar, at para. 133, “[t]he Code does not direct that the legal person who applies to represent the class have a mission connected to all the members of the class, but merely to the interest of one of its members.” Since Ms. Cloutier is a member of Option consommateurs and of the proposed group, art. 1048 does not prohibit Option consommateurs from representing the interests of the members in this case.

[154] In summary, we see no conflict between the direct and indirect purchasers at this stage of the proceedings that would bar either Ms. Cloutier or Option consommateurs from representing the interests of the class. It would be more appropriate to deal with any actual conflict between the direct and indirect purchasers at subsequent stages of the proceedings, once any aggregate loss has been established.

VI. Disposition

[155] For these reasons, we would dismiss the appeal. Costs should be awarded in this Court against the appellants Infineon Technologies AG and Infineon Technologies North America Corp. The motion to strike part of the factum of the intervenor Canadian Federation of Independent Grocers is dismissed.

b) l’intérêt de ce membre est relié aux objets pour lesquels la personne morale ou l’association a été constituée.

[153] Nous ne voyons aucune raison d’empêcher Option consommateurs de continuer à représenter les intérêts tant des acheteurs directs que des acheteurs indirects à cette étape du litige. À l’instar de l’art. 1003, l’art. 1048 joue le rôle d’un gardien conciliant. Comme le souligne la Cour supérieure dans sa décision *Association des résidents riverains de la Lièvre inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 5661 (CanLII), par. 180-181, l’art. 1048 cherche à habiliter une personne morale sans intérêt direct dans le recours collectif à se voir attribuer le statut de représentant. En outre, comme le mentionne à juste titre le juge Kasirer au par. 133 de ses motifs dans la présente affaire, [TRADUCTION] « [I]e Code n’exige pas que la personne morale qui demande à représenter le groupe remplisse un mandat qui soit lié à tous les membres du groupe, mais simplement un mandat dans l’intérêt de l’un de ses membres. » Puisque M^{me} Cloutier est membre d’Option consommateurs et du groupe proposé, l’art. 1048 n’interdit pas à Option consommateurs de représenter en l’espèce les intérêts des membres.

[154] Bref, il n’existe aucun conflit entre les acheteurs directs et indirects à la présente étape du recours qui empêcherait M^{me} Cloutier ou Option consommateurs de représenter les intérêts du groupe. Il serait préférable de trancher toute question de conflit réel entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects aux étapes ultérieures du recours, une fois établie, le cas échéant, la perte globale.

VI. Dispositif

[155] Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Les appelantes Infineon Technologies AG et Infineon Technologies North America Corp. sont condamnées aux dépens en cette Cour. La requête en radiation d’une partie du mémoire de la Fédération canadienne des épiciers indépendants, intervenante en l’espèce, est rejetée.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants: Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs des appelantes : Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the respondent Option consommateurs: Belleau Lapointe, Montréal.

Procureurs de l'intimée Option consommateurs : Belleau Lapointe, Montréal.

Solicitors for the intervener: Sotos, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Sotos, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2013 Vol. 3

3^e cahier, 2013 Vol. 3

Cited as [2013] 3 S.C.R. 657-948

Renvoi [2013] 3 R.C.S. 657-948

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 adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

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
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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 Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

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

CONTENTS

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401 733

Constitutional law — Charter of rights — Freedom of expression — Labour relations — Privacy — Union video-taping and photographing individuals crossing its picket line for use in its labour dispute — Whether legislation restricting the collection, use and disclosure of personal information violates union's expressive right under s. 2(b) of Charter and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization 866

Public international law — Jurisdictional immunity — International organizations — Former senior manager of international organization headquartered in Canada filing wrongful dismissal suit — International organization claiming immunity under Order reflecting agreement with Canada — Whether claimed immunity applies — Meaning of immunities “required” for performance of functions — Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3(1).

Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care) 810

Food and drugs — Regulations — Validity — Province of Ontario enacting Regulations to effectively ban the sale of private label drugs by pharmacies — Purpose of Regulations to reduce drug prices — Whether Regulations are ultra vires on the ground that they are inconsistent with the statutory scheme and mandate — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Reg. 935, s. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, s. 12.0.2.

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale v. Autorité des marchés financiers 756

Provincial offences — Financial products and services — Nature of offence — Strict liability — Insurance company charged with committing offence on number of occasions by helping or inducing, through its consent and/or authorization, third party to violate regulatory provision — Regulator not responding to written explanations from insurance company before issuing statements of offence — Whether offence at issue one of strict liability — If so, whether proof of mens rea required

Continued on next page

SOMMAIRE

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 733

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Relations de travail — Droit à la vie privée — Syndicat filme et photographie des personnes franchissant sa ligne de piquetage pour se servir des enregistrements dans le cadre du conflit de travail en cours — La loi qui restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression du syndicat protégé par l'art. 2b) de la Charte et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest 866

Droit international public — Immunité de juridiction — Organisations internationales — Poursuite pour congédiement injustifié par un ancien cadre supérieur d'une organisation internationale dont le siège est au Canada — Revendication par l'organisation internationale de l'immunité de juridiction fondée sur le décret énonçant l'entente conclue entre elle et le Canada — L'immunité revendiquée s'applique-t-elle? — Sens des immunités qu'« exige » l'exercice de fonctions — Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3(1).

Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée) 810

Aliments et drogues — Règlements — Validité — Adoption, par la province de l'Ontario, de règlements ayant pour effet d'interdire effectivement la vente, par les pharmacies, de médicaments sous marque de distributeur — Règlements ayant pour objectif de réduire les prix des médicaments — Les règlements sont-ils ultra vires au motif qu'ils sont incompatibles avec l'objet et le mandat de la loi? — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Règl. 935, art. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, art. 12.0.2.

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers 756

Infractions provinciales — Produits et services financiers — Nature des infractions — Responsabilité stricte — Société d'assurance accusée d'avoir commis une infraction à de multiples reprises en aidant ou en amenant, par

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Whether actus reus of offence proved beyond reasonable doubt — Whether offence is discrete offence or party liability offence — Whether single conviction should be substituted for multiple convictions entered at trial — Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2, ss. 482, 491.

Provincial offences — Defences — Due diligence — Officially induced error — Conditions for availability of defence based on reasonable mistake of law — Whether official's passive conduct may be reasonably relied on as approval or inducement.

McLean v. British Columbia (Securities Commission) 895

Administrative law — Securities — Standard of Review — Limitation of Actions — Appellant entering into settlement agreement with Ontario Securities Commission in respect to certain possible improper actions — B.C. Securities Commission initiating secondary proceedings based on settlement agreement — B.C. Securities Act establishing limitation period of six years from date of “events” giving rise to proceedings — Whether “events” triggering six-year limitation period are the underlying misconduct giving rise to the settlement agreement, or the settlement agreement itself — Whether the standard of review of the Commission's decision should be correctness or reasonableness — Having regard to the standard of review, whether there is any basis to interfere with the Commission's interpretation — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 159, 161(6)(d).

Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc. 838

Contracts — Interpretation — Intention of parties — Intention declared in documents relating to transactions not reflecting common intention of parties because of errors made by professional advisors — Transactions having unforeseen tax consequences — Whether it is open to courts to intervene to find that amendments made by parties to documents associated with transactions were legitimate and necessary — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1425.

R. v. Hay 694

Criminal law — Charge to jury — Eyewitness evidence — Whether trial judge instructed jury that it could convict accused based on eyewitness evidence alone — If so, whether such an instruction would constitute an error.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Hair clipping evidence relied upon by Crown to explain

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

son consentement et/ou son autorisation, un tiers à enfreindre une disposition de droit réglementaire — Autorité réglementaire n'ayant pas répondu aux explications écrites de la société d'assurance avant d'émettre les constats d'infraction — L'infraction en cause est-elle de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la preuve de la mens rea est-elle requise? — La preuve de l'actus reus de l'infraction a-t-elle été faite hors de tout doute raisonnable? — L'infraction reprochée constitue-t-elle une infraction distincte ou une infraction de responsabilité stricte en tant que participant? — Les déclarations de culpabilité multiples inscrites au procès devraient-elles être remplacées par une seule déclaration de culpabilité? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., ch. D-9.2, art. 482, 491.

Infractions provinciales — Moyens de défense — Diligence raisonnable — Erreur provoquée par une personne en autorité — Conditions de recevabilité de la défense fondée sur une erreur de droit raisonnable — La conduite passive d'une personne en autorité peut-elle raisonnablement être interprétée comme une approbation ou une incitation?

McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission) 895

Droit administratif — Valeurs mobilières — Norme de contrôle — Prescription — Règlement intervenu entre l'appelante et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario relativement à de possibles irrégularités — Instance secondaire engagée par la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. sur le fondement de ce règlement — Loi sur les valeurs mobilières de la C.-B. prévoyant un délai de prescription de six ans à compter de « l'événement » qui donne lieu à l'instance — L'« événement » à partir duquel commence à courir le délai de six ans correspond-il à l'inconduite qui est à l'origine du règlement ou au règlement lui-même? — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Au regard de la bonne norme de contrôle, quelque élément justifie-t-il que l'on réforme l'interprétation de la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 159, 161(6)d.

Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc. 838

Contrats — Interprétation — Intention des parties — Volonté déclarée dans des documents relatifs à des transactions ne reflétant pas la commune intention des parties en raison d'erreurs commises par des professionnels — Transactions entraînant des impacts fiscaux non prévus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

accused's appearance at time of arrest as well as after-the-fact change of appearance — New forensic evidence reports and testimony to the effect that most hair clippings did not originate from scalp — Whether the accused's motion to adduce fresh evidence should be granted.

R. v. McRae 931

Criminal law — Offences — Uttering threats — Elements of offence — Actus reus — Mens rea — Respondent stating to fellow detainees that he would kill and/or harm Crown prosecutor, officer-investigator and witnesses involved in his trial — Whether it is necessary to prove threats were conveyed to their subjects and/or that accused intended they be so conveyed — Whether lower courts erred in finding that elements of offence not made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. Vu 657

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search — Police obtaining warrant not specifying grounds for obtaining evidence of ownership or occupancy of residence and not mentioning search of computers and cellular telephones — Whether search warrant properly permitting a search for documents evidencing ownership or occupation — Whether warrant authorized search of computers and cellular telephone — If search was unlawful, whether evidence obtained should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

SOMMAIRE (Fin)

— Les tribunaux peuvent-ils intervenir pour constater la légitimité et la nécessité des modifications apportées par les parties aux documents afférents aux transactions? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425.

R. c. Hay 694

Droit criminel — Exposé au jury — Déposition d'un témoin oculaire — Le juge du procès a-t-il donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur le seul fondement de la déposition d'un témoin oculaire? — Dans l'affirmative, pareille directive était-elle erronée?

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Bouts de poils mis en preuve par le ministère public pour expliquer l'apparence de l'accusé au moment de son arrestation et la modification de son apparence après le fait — Nouveaux rapports et témoignages d'experts en criminalistique indiquant que la plupart des bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu — Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de l'accusé en production de nouveaux éléments de preuve?

R. c. McRae 931

Droit criminel — Infractions — Proférer des menaces — Éléments de l'infraction — Actus reus — Mens rea — Intimé confiant à des codétenus qu'il allait causer la mort de la procureure de la Couronne, d'un policier-enquêteur et des témoins impliqués dans son procès et/ou leur infliger des lésions corporelles — Est-il nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises aux personnes visées et/ou que l'accusé entendait qu'elles soient ainsi transmises? — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que des éléments de l'infraction n'avaient pas été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)(a).

R. c. Vu 657

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité de la fouille — Obtention par la police d'un mandat ne précisant pas les motifs de la recherche de preuves confirmant l'identité des propriétaires ou occupants d'une résidence et ne mentionnant pas la fouille d'ordinateurs et de téléphones cellulaires — Le mandat de perquisition autorisait-il dûment la recherche de documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants? — Le mandat autorisait-il la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire? — Si la fouille était illégale, la preuve obtenue devait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Thanh Long Vu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta,
British Columbia Civil
Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. Vu

2013 SCC 60

File No.: 34687.

2013: March 27; 2013: November 7.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search — Police obtaining warrant not specifying grounds for obtaining evidence of ownership or occupancy of residence and not mentioning search of computers and cellular telephones — Whether search warrant properly permitting a search for documents evidencing ownership or occupation — Whether warrant authorized search of computers and cellular telephone — If search was unlawful, whether evidence obtained should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

The appellant was charged with production of marijuana, possession of marijuana for the purpose of trafficking, and theft of electricity. The police had obtained a warrant authorizing the search of a residence for evidence of theft of electricity, including documentation identifying the owners and/or occupants of the residence. Even

Thanh Long Vu *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta,
Association des libertés
civiles de la Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés
civiles et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. Vu

2013 CSC 60

N° du greffe : 34687.

2013 : 27 mars; 2013 : 7 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité de la fouille — Obtention par la police d'un mandat ne précisant pas les motifs de la recherche de preuves confirmant l'identité des propriétaires ou occupants d'une résidence et ne mentionnant pas la fouille d'ordinateurs et de téléphones cellulaires — Le mandat de perquisition autorisait-il dûment la recherche de documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants? — Le mandat autorisait-il la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire? — Si la fouille était illégale, la preuve obtenue devait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

L'appelant a été accusé de production de marijuana, de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de vol d'électricité. Les policiers ont obtenu un mandat les autorisant à perquisitionner dans une résidence pour y rechercher des preuves de vol d'électricité, y compris des documents identifiant les propriétaires et/ou occupants

though the Information to Obtain (“ITO”) indicated that the police intended to search for “computer generated notes”, the warrant did not specifically refer to computers or authorize the search of computers. In the course of their search of the residence, police found marijuana, two computers and a cellular telephone. A search of the devices revealed evidence that the appellant was the occupant. At trial, he claimed that the searches had violated his s. 8 *Charter* rights. The trial judge concluded that the ITO did not establish reasonable grounds to believe that documents identifying the owners and/or occupants would be found in the residence and so the warrant could not authorize the search for them. Further, the police were not authorized to search the personal computers and cellular telephone because those devices were not specifically mentioned in the warrant. She excluded most of the evidence found as a result of these searches and acquitted the appellant of the drug charges. The Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial on the grounds that the warrant had properly authorized the searches and that there had been no breach of the appellant’s s. 8 *Charter* rights.

Held: The appeal should be dismissed.

The traditional legal framework holds that once police obtain a warrant to search a place for certain things, they do not require specific, prior authorization to search in receptacles such as cupboards and filing cabinets. The question in this case is whether this framework is appropriate for computer searches. Computers differ in important ways from the receptacles governed by the traditional framework and computer searches give rise to particular privacy concerns that are not sufficiently addressed by that approach.

The first issue that arises in this case is whether the search warrant properly permitted a search for documents identifying the owners and/or occupants. Although the trial judge found that the ITO did not contain a statement by its author that there were reasonable grounds to believe that such documents would be found in the residence, the ITO set out facts sufficient to allow the authorizing justice to reasonably draw that inference. The search for such

de la résidence. Même si la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition (« Dénonciation ») indiquait que les policiers entendaient chercher « des notes générées par ordinateur », le mandat ne faisait pas expressément mention des ordinateurs et n’autorisait pas non plus la fouille de tels appareils. Durant la perquisition dans la résidence, les policiers ont trouvé de la marijuana, deux ordinateurs et un téléphone cellulaire. La fouille de ces appareils a permis de découvrir des éléments de preuve établissant que l’appelant était l’occupant de la résidence. Au procès, l’appelant a soutenu que les fouilles avaient violé les droits que lui garantit l’art. 8 de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu que la Dénonciation ne démontrait pas l’existence de motifs raisonnables de croire que des documents confirmant l’identité des propriétaires et/ou occupants seraient trouvés dans la résidence, et qu’en conséquence le mandat ne pouvait autoriser leur recherche. En outre, les policiers n’étaient pas autorisés à fouiller les ordinateurs personnels et le téléphone cellulaire, parce que ces appareils n’étaient pas expressément mentionnés dans le mandat. Le juge de première instance a écarté la plupart des éléments de preuve découverts par suite de ces fouilles, et elle a acquitté l’appelant des accusations liées à la drogue. La Cour d’appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d’un nouveau procès, au motif que le mandat avait dûment autorisé les fouilles et qu’il n’y avait eu aucune violation des droits garantis à l’appelant par l’art. 8 de la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Selon le cadre juridique traditionnel, lorsque des policiers obtiennent un mandat les autorisant à perquisitionner dans un lieu et à y chercher certaines choses, ils n’ont pas besoin d’obtenir une autorisation expresse préalable pour fouiller dans des contenants tels que des placards et des classeurs. Il s’agit en l’espèce de déterminer si ce cadre juridique convient à la fouille des ordinateurs. Les ordinateurs diffèrent à bien des égards des contenants visés par le cadre juridique traditionnel, et la fouille des ordinateurs soulève, en matière de respect de la vie privée, des préoccupations particulières dont ne tient pas suffisamment compte cette approche.

La première question soulevée en l’espèce consiste à déterminer si le mandat de perquisition autorisait dûment la recherche de documents identifiant les propriétaires et/ou occupants. Bien que le juge de première instance ait conclu que la Dénonciation ne contenait aucune déclaration de son auteur indiquant qu’il existait des motifs raisonnables de croire que de tels documents seraient découverts dans la résidence, la Dénonciation énonçait

material, therefore, did not breach the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*.

The second issue is whether the warrant authorized the search of the computers and cellular telephone. Section 8 of the *Charter* — which gives everyone the right to be free of unreasonable searches and seizures — seeks to strike an appropriate balance between the right to be free of state interference and the legitimate needs of law enforcement. This balance is generally achieved in two main ways. First, the police must obtain judicial authorization for a search *before* they conduct it, usually in the form of a search warrant. Second, an authorized search must be conducted in a reasonable manner, ensuring that the search is no more intrusive than is reasonably necessary to achieve its objectives. The privacy interests implicated by computer searches are markedly different from those at stake in searches of receptacles such as cupboards and filing cabinets. It is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of a personal or home computer. Computers potentially give police access to an almost unlimited universe of information that users cannot control, that they may not even be aware of, may have tried to erase and which may not be, in any meaningful sense, located in the place of search. The numerous and striking differences between computers and traditional receptacles call for distinctive treatment under s. 8 of the *Charter*. The animating assumption of the traditional rule — that if the search of a place is justified, so is the search of receptacles found within it — simply cannot apply with respect to computer searches.

In effect, the privacy interests at stake when computers are searched require that those devices be treated, to a certain extent, as a separate place. Prior authorization of searches is a cornerstone of our search and seizure law. The purpose of the prior authorization process is to balance the privacy interest of the individual against the interest of the state in investigating criminal activity *before* the state intrusion occurs. Only a specific, prior authorization to search a computer found in the place

suffisamment de faits pour permettre au juge de paix saisi de la demande d'autorisation de tirer raisonnablement cette inférence. Les fouilles visant de tels documents n'ont donc pas violé les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*.

La deuxième question est de savoir si le mandat autorisait la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire. L'article 8 de la *Charte* — qui confère à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — vise à établir un juste équilibre entre le droit à la protection contre l'ingérence de l'État et la nécessité légitime de faire respecter la loi. Cet équilibre est généralement réalisé grâce à deux moyens principaux. Premièrement, les policiers doivent obtenir des tribunaux l'autorisation d'effectuer une perquisition *avant* de procéder à celle-ci, autorisation qui prend habituellement la forme d'un mandat de perquisition. Deuxièmement, la perquisition ainsi autorisée doit être effectuée d'une manière non abusive, ce qui permet d'éviter que la perquisition ait un caractère plus envahissant que ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs. Les intérêts en matière de respect de la vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs diffèrent nettement de ceux en cause lors de la fouille de contenants tels des placards et des classeurs. Il est difficile d'imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d'une personne que la fouille de son ordinateur personnel. Les ordinateurs sont susceptibles de donner aux policiers accès à un univers presque illimité d'informations sur lesquelles les utilisateurs n'ont aucune maîtrise, dont ils ne connaissent peut-être même pas l'existence, qu'ils peuvent avoir tenté d'effacer, et qui d'ailleurs pourraient fort bien ne pas se trouver concrètement dans le lieu fouillé. Les différences nombreuses et frappantes entre les ordinateurs et les contenants traditionnels commandent que ces objets soient traités différemment pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. L'hypothèse fondamentale à la base de la règle traditionnelle — à savoir que si la perquisition effectuée dans un lieu est justifiée, la fouille des contenants découverts dans ce lieu l'est également — ne peut tout simplement pas s'appliquer à la fouille des ordinateurs.

En effet, en raison des intérêts en matière de vie privée que soulève la fouille d'un ordinateur, un tel appareil doit, dans une certaine mesure, être traité comme un lieu distinct. L'autorisation préalable des perquisitions constitue une assise fondamentale de notre droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies. L'objectif du processus d'autorisation préalable est de mettre en balance le droit à la vie privée du particulier et l'intérêt de l'État à enquêter sur une activité criminelle, *avant*

of search ensures that the authorizing justice has considered the full range of the distinctive privacy concerns raised by computer searches and, having done so, has decided that this threshold has been reached in the circumstances of a particular proposed search. This means that if police intend to search any computers found within a place they want to search, they must first satisfy the authorizing justice that they have reasonable grounds to believe that any computers they discover will contain the things they are looking for. If police come across a computer in the course of a search and their warrant does not provide specific authorization to search computers, they may seize the computer, and do what is necessary to ensure the integrity of the data. If they wish to search the data, however, they must obtain a separate warrant. In this case, the authorizing justice was not required to impose a search protocol in advance with conditions limiting the manner of the search. While such conditions may be appropriate in some cases, they are not, as a general rule, constitutionally required.

Having found that the search here was unlawful, the final issue is whether the evidence obtained should be excluded. Section 24(2) of the *Charter* requires that evidence obtained in a manner that infringes the rights of an accused under the *Charter* be excluded from the trial if it is established that “having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. Here, the ITO did refer to the intention of the officers to search for computer-generated documents and considering that the state of the law with respect to computer searches was uncertain when police carried out their investigation and the otherwise reasonable manner in which the search was conducted, the violation was not serious. Further, there was a clear societal interest in adjudicating on their merits charges of production and possession of marijuana for the purpose of trafficking. Balancing these factors, the evidence should not be excluded. The police believed on reasonable grounds that the search of the computer was authorized by the warrant. While every search of a personal or home computer is a significant invasion of privacy, the search here did not step outside the purposes for which the warrant had been issued.

que l'intrusion de l'État ne se produise. Seule une autorisation expresse préalable de fouiller des ordinateurs susceptibles d'être découverts dans le lieu perquisitionné garantit que le juge de paix qui a statué sur la demande d'autorisation a pris en compte l'ensemble des préoccupations distinctives en matière de vie privée que soulève la fouille de ces appareils, puis déterminé que ce critère était respecté eu égard aux circonstances de la fouille particulière projetée. Cela signifie que, si des policiers entendent fouiller tout ordinateur trouvé dans le lieu qu'ils souhaitent perquisitionner, ils doivent d'abord convaincre le juge de paix saisi de la demande d'autorisation qu'ils possèdent des motifs raisonnables de croire que les ordinateurs qu'ils pourraient découvrir contiendront les choses qu'ils recherchent. Si, durant une perquisition, les policiers trouvent un ordinateur et que leur mandat ne les autorise pas expressément à fouiller les ordinateurs, ils peuvent le saisir et prendre les mesures nécessaires pour assurer l'intégrité des données. Toutefois, s'ils désirent consulter ces données, ils doivent obtenir un mandat distinct. En l'espèce, le juge de paix saisi de la demande d'autorisation n'était pas tenu d'imposer à l'avance un protocole de perquisition assorti de conditions limitant la façon de procéder à la fouille. Quoique de telles conditions puissent convenir dans certains cas, elles ne sont pas, en règle générale, requises par la Constitution.

Comme il a été conclu que la fouille effectuée dans la présente affaire était illégale, la dernière question qui se pose est de savoir si la preuve obtenue devrait être écartée. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* exige que les éléments de preuve obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* soient écartés du procès s'il est établi, « eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». En l'espèce, la Dénonciation faisait effectivement mention de l'intention des policiers de rechercher des documents générés par ordinateur et, vu l'état incertain du droit applicable à la fouille d'ordinateurs au moment où les policiers ont effectué leur enquête et la manière par ailleurs non abusive dont la fouille a été effectuée, la violation n'était pas grave. En outre, il était manifestement dans l'intérêt de la société que des accusations de production et de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic soient jugées au fond. Il ressort de la mise en balance de ces différents facteurs que les éléments de preuve ne doivent pas être écartés. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire que la fouille de l'ordinateur était autorisée par le mandat. Bien que toute fouille d'un ordinateur personnel constitue une atteinte importante à la vie privée, la fouille effectuée en l'espèce n'a pas débordé les objectifs pour lesquels le mandat avait été décerné.

Cases Cited

Applied: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Shiers*, 2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196; *R. v. Sanchez* (1994), 93 C.C.C. (3d) 357; *R. v. Allain* (1998), 205 N.B.R. (2d) 201; *R. v. E. Star International Inc.*, 2009 ONCJ 576 (CanLII); *BGI Atlantic Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206; *R. v. Charles*, 2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481; *R. v. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108 (CanLII); *Descôteaux v. Mierzewski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268 (1999); *United States v. Burgess*, 576 F.3d 1078 (2009); *United States v. Christie*, 717 F.3d 1156 (2013); *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 186(4)(d), 326(1)(a), 487, 487.1, 488, 488.1.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

Authors Cited

Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.

Gold, Alan D. "Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches". Paper prepared for the Law Society of Upper Canada, 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 9, 2007.

Kerr, Orin S. "Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure" (2010), 96 *Va. L. Rev.* 1241.

Kerr, Orin S. "Searches and Seizures in a Digital World" (2005), 119 *Harv. L. Rev.* 531.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: West, 2012.

Robinton, Lily R. "Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence" (2010), 12 *Yale J.L. & Tech.* 311.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Shiers*, 2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196; *R. c. Sanchez* (1994), 93 C.C.C. (3d) 357; *R. c. Allain* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 201; *R. c. E. Star International Inc.*, 2009 ONCJ 576 (CanLII); *BGI Atlantic Inc. c. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206; *R. c. Charles*, 2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481; *R. c. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108 (CanLII); *Descôteaux c. Mierzewski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *United States c. Carey*, 172 F.3d 1268 (1999); *United States c. Burgess*, 576 F.3d 1078 (2009); *United States c. Christie*, 717 F.3d 1156 (2013); *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 186(4)d), 326(1)a), 487, 487.1, 488, 488.1.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5.

Doctrine et autres documents cités

Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2010.

Gold, Alan D. « Applying Section 8 in the Digital World : Seizures and Searches ». Paper prepared for the Law Society of Upper Canada, 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 9, 2007.

Kerr, Orin S. « Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure » (2010), 96 *Va. L. Rev.* 1241.

Kerr, Orin S. « Searches and Seizures in a Digital World » (2005), 119 *Harv. L. Rev.* 531.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 2. St. Paul, Minn. : West, 2012.

Robinton, Lily R. « Courting Chaos : Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence » (2010), 12 *Yale J.L. & Tech.* 311.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Low, Levine and Frankel J.J.A.), 2011 BCCA 536, 315 B.C.A.C. 36, 535 W.A.C. 36, 92 C.R. (6th) 15, 250 C.R.R. (2d) 108, 285 C.C.C. (3d) 160, [2011] B.C.J. No. 2487 (QL), 2011 CarswellBC 3551, setting aside the acquittals entered by Bruce J., 2010 BCSC 2012, [2010] B.C.J. No. 2963 (QL), 2010 CarswellBC 4018, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Elizabeth P. Lewis, Neil L. Cobb and Nancy Seto, for the appellant.

W. Paul Riley and Martha M. Devlin, Q.C., for the respondent.

Michal Fairburn and Lisa Henderson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Nader R. Hasan and Gerald J. Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

David S. Rose and Allan Manson, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Paul J. I. Alexander, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] In this case, the digital and Internet age meets the law of search and seizure. The encounter raises a novel issue: Does the traditional legal framework require some updating in order to protect the unique privacy interests that are at stake in computer searches? The traditional legal framework

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Low, Levine et Frankel), 2011 BCCA 536, 315 B.C.A.C. 36, 535 W.A.C. 36, 92 C.R. (6th) 15, 250 C.R.R. (2d) 108, 285 C.C.C. (3d) 160, [2011] B.C.J. No. 2487 (QL), 2011 CarswellBC 3551, qui a annulé les acquittements prononcés par la juge Bruce, 2010 BCSC 2012, [2010] B.C.J. No. 2963 (QL), 2010 CarswellBC 4018, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Elizabeth P. Lewis, Neil L. Cobb et Nancy Seto, pour l'appelant.

W. Paul Riley et Martha M. Devlin, c.r., pour l'intimée.

Michal Fairburn et Lisa Henderson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Nader R. Hasan et Gerald J. Chan, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

David S. Rose et Allan Manson, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Paul J. I. Alexander, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Dans la présente affaire, l'ère du numérique et d'Internet rencontre le droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies. Cette rencontre soulève une question inédite : Est-il nécessaire de procéder à une certaine actualisation du cadre juridique traditionnel afin de protéger les intérêts uniques en matière

holds that once police obtain a warrant to search a place for certain things, they can look for those things anywhere in the place where they might reasonably be; the police do not require specific, prior authorization to search in receptacles such as cupboards and filing cabinets. The question before us is whether this framework is appropriate for computer searches; in short, should our law of search and seizure treat a computer as if it were a filing cabinet or a cupboard?

[2] In my view, it should not. Computers differ in important ways from the receptacles governed by the traditional framework and computer searches give rise to particular privacy concerns that are not sufficiently addressed by that approach. One cannot assume that a justice who has authorized the search of a place has taken into account the privacy interests that might be compromised by the search of any computers found within that place. This can only be assured if, as is my view, the computer search requires specific pre-authorization.

[3] In practical terms, the requirement of specific, prior authorization means that if police intend to search computers found within a place with respect to which they seek a warrant, they must satisfy the authorizing justice that they have reasonable grounds to believe that any computers they discover will contain the things they are looking for. If, in the course of a warranted search, police come across a computer that may contain material for which they are authorized to search but the warrant does not give them specific, prior authorization to search computers, they may seize the device but must obtain further authorization before it is searched.

de vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs? Selon le cadre juridique traditionnel, lorsque des policiers obtiennent un mandat les autorisant à perquisitionner dans un lieu et à y chercher certaines choses, ils peuvent fouiller partout dans ce lieu où ces choses pourraient raisonnablement se trouver. Ils n'ont pas besoin d'obtenir une autorisation expresse préalable pour fouiller dans des contenants tels que des placards et des classeurs. La question dont nous sommes saisis en l'espèce est celle de savoir si ce cadre juridique convient à la fouille des ordinateurs. Bref, nos règles de droit régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies devraient-elles traiter les ordinateurs comme s'il s'agissait de classeurs ou de placards?

[2] À mon sens, elles ne devraient pas. Les ordinateurs diffèrent à bien des égards des contenants visés par le cadre juridique traditionnel, et la fouille des ordinateurs soulève, en matière de respect de la vie privée, des préoccupations particulières dont ne tient pas suffisamment compte cette approche traditionnelle. On ne saurait présumer que le juge de paix ayant autorisé des policiers à perquisitionner dans un lieu a pris en compte les intérêts en matière de vie privée auxquels pourrait porter atteinte la fouille des ordinateurs trouvés dans ce lieu. Le seul moyen propre à assurer la prise en compte de ces intérêts consiste selon moi à exiger que la fouille d'un ordinateur fasse l'objet d'une autorisation expresse préalable.

[3] En pratique, voici ce que signifie l'obligation d'obtenir une autorisation expresse préalable : si les policiers ont l'intention de fouiller les ordinateurs se trouvant dans le lieu à l'égard duquel ils sollicitent un mandat, ils doivent convaincre le juge de paix saisi de la demande d'autorisation qu'ils ont des motifs raisonnables de croire que tout ordinateur qu'ils pourraient y trouver contiendra les choses qu'ils recherchent. Si, dans le cours d'une perquisition avec mandat, les policiers trouvent un ordinateur susceptible de contenir des éléments qu'ils sont autorisés à rechercher, et que le mandat dont ils disposent ne les autorise pas de manière expresse et préalable à fouiller des ordinateurs, ils peuvent saisir l'appareil, mais doivent obtenir une autre autorisation avant de le fouiller.

II. Overview and Issues

[4] The appellant was charged with production of marijuana, possession of marijuana for the purpose of trafficking, and theft of electricity. The police obtained a warrant authorizing the search of a residence for evidence of theft of electricity, including documentation identifying the owners and/or occupants of the residence. Even though the Information to Obtain a Search Warrant (“ITO”) indicated that the police intended to search for, among other things, “computer generated notes”, the warrant did not specifically refer to computers or authorize the search of computers: A.R., vol. II, at p. 112. In the course of their search of the residence, police found marijuana and they also discovered two computers and a cellular telephone. A search of these devices led to evidence that the appellant was the occupant of the residence.

[5] At trial, the appellant claimed that these searches violated his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and asked the judge to exclude the evidence found as a result. The judge concluded that the ITO did not establish reasonable grounds to believe that documentation identifying the owners and/or occupants would be found in the residence and so the warrant could not authorize the search for such documents. In addition, the trial judge found that police were not authorized to search the personal computers and cellular telephone because those devices were not specifically mentioned in the warrant. She excluded most of the evidence found as a result of these searches and acquitted the accused of the drug charges (2010 BCSC 2012 (CanLII)).

[6] The Crown appealed and the Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial (2011 BCCA 536, 315 B.C.A.C. 36). In the court’s view, the warrant had properly authorized the searches and there had been no breach of the appellant’s s. 8 *Charter* rights.

II. Aperçu et questions en litige

[4] L’appelant a été accusé de production de marijuana, de possession de marijuana en vue d’en faire le trafic et de vol d’électricité. Les policiers ont obtenu un mandat les autorisant à perquisitionner dans une résidence pour y rechercher des preuves de vol d’électricité, y compris des documents identifiant les propriétaires et/ou occupants de la résidence. Même si la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition (« Dénonciation ») indiquait que les policiers entendaient chercher notamment [TRADUCTION] « des notes générées par ordinateur », le mandat ne faisait pas expressément mention des ordinateurs et n’autorisait pas non plus la fouille de tels appareils : d.a., vol. II, p. 112. Durant la perquisition dans la résidence, les policiers ont trouvé de la marijuana, en plus de découvrir deux ordinateurs et un téléphone cellulaire. La fouille de ces appareils a permis de découvrir des éléments de preuve établissant que l’appelant était l’occupant de la résidence.

[5] Au procès, l’appelant a soutenu que ces fouilles avaient violé les droits que lui garantit l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il a demandé à la juge d’exclure les éléments de preuve ainsi découverts. Celle-ci a conclu que la Dénonciation ne démontrait pas l’existence de motifs raisonnables de croire que des documents identifiant les propriétaires et/ou occupants se trouveraient dans la résidence, et qu’en conséquence le mandat ne pouvait autoriser la recherche de tels documents. La juge de première instance a en outre conclu que les policiers n’étaient pas autorisés à fouiller les ordinateurs personnels et le téléphone cellulaire, parce que ces appareils n’étaient pas expressément mentionnés dans le mandat. Elle a écarté la plupart des éléments de preuve découverts par suite de ces fouilles, et elle a acquitté l’accusé des accusations liées à la drogue (2010 BCSC 2012 (CanLII)).

[6] Le ministère public a interjeté appel et la Cour d’appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d’un nouveau procès (2011 BCCA 536, 315 B.C.A.C. 36). De l’avis de la Cour d’appel, le mandat avait dûment autorisé les fouilles et il n’y avait eu aucune violation des droits garantis à l’appelant par l’art. 8 de la *Charte*.

[7] The appellant's further appeal to this Court raises three issues:

1. Did the search warrant properly permit a search for documentation identifying the owners and/or occupants?
2. Did the warrant authorize the search of the computers and cellular telephone?
3. If the search was unlawful, should the evidence obtained be excluded?

[8] On the first issue, I agree with the Court of Appeal that the ITO established reasonable grounds to believe that relevant documents would be found in the residence. It follows that the warrant properly authorized a search for that sort of material. On the second issue, I agree with the trial judge that the warrant did not authorize the search of the computers and cellular telephone. However, I conclude that the trial judge was wrong to exclude the evidence found as a result. I would therefore dismiss the appeal.

III. Analysis

A. *First Issue: Reasonable Grounds to Search for Ownership or Occupancy Documentation*

[9] I agree with the Court of Appeal that the facts provided in the ITO were sufficient to support a reasonable inference on the part of the issuing justice that documentation evidencing ownership or occupancy would be found in the residence. The trial judge, in concluding otherwise, did not show sufficient deference to the issuing justice's assessment of the evidence. Some background about the ITO and the decisions at trial and on appeal helps to explain my conclusion.

[7] Le pourvoi formé par l'appelant devant notre Cour soulève trois questions :

1. Le mandat de perquisition autorisait-il dûment la recherche de documents identifiant les propriétaires et/ou occupants?
2. Le mandat autorisait-il la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire?
3. Si la fouille était illégale, la preuve obtenue devait-elle être écartée?

[8] Pour ce qui est de la première question, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la Dénonciation démontrait l'existence de motifs raisonnables de croire que des documents pertinents se trouveraient dans la résidence. Il s'ensuit que le mandat autorisait dûment la recherche de documents de cette nature. Quant à la deuxième question, à l'instar de la juge de première instance, j'estime que le mandat n'autorisait pas la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire. Toutefois, je conclus que la juge a eu tort d'écartier les éléments de preuve ainsi découverts par suite de cette fouille. Je rejetterais donc le pourvoi.

III. Analyse

A. *Première question : motifs raisonnables de rechercher des documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants*

[9] Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les faits énoncés dans la Dénonciation étaient suffisants pour permettre au juge de paix qui a décerné le mandat d'inférer raisonnablement que des documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants seraient trouvés dans la résidence. Or, en tirant une conclusion différente, la juge de première instance n'a pas manifesté suffisamment de déférence envers l'appréciation de la preuve par le juge de paix. Un certain nombre de renseignements sur le contexte de la Dénonciation et des décisions rendues au procès et en appel aideront à expliquer ma propre conclusion.

[10] On August 31, 2007, Mr. Hall, a subcontractor of British Columbia Hydro, informed police that a service check of the hydro meter outside premises on 84 Avenue in Langley showed that electricity was being diverted and used without being recorded for billing purposes. B.C. Hydro records listed Foh Hiong as the subscriber for the electrical service at the property. Having received this information, Constable Carter searched the RCMP computer system and determined that the current owner of the residence was Thanh L. Vu. He found that there was no homeowner grant being claimed for the residence and there was no business licence associated with it. Cst. Carter drove by the residence and made observations of its style (a two-storey house with a basement) and address as well as the location of the hydro-meter. He contacted Mr. Hall on September 6, 2007, to confirm that: no B.C. Hydro employee had removed any hydro-electrical diversion from the residence; Mr. Hall still believed a theft of electricity was ongoing; and the subscriber's name on the B.C. Hydro account was still the same. Using this information, Cst. Carter swore an ITO for the premises for the purpose of locating evidence of a theft of electricity.

[11] The ITO indicated that Cst. Carter intended to seize any evidence supporting a charge of theft of electricity contrary to s. 326(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In particular, he intended to seize all equipment and parts utilized to divert electricity, including: “. . . meter bases, the electrical meters, new and used BC Hydro meter seals, typed, written or computer generated notes relative to the theft of the hydro electricity and records and documentation relating to occupancy and control over the property and electrical services supplied”: A.R., vol. II, at p. 112.

[10] Le 31 août 2007, M. Hall, un sous-traitant de British Columbia Hydro, a informé la police qu'une vérification du compteur d'électricité extérieur d'une propriété située sur l'avenue 84 à Langley avait révélé que de l'électricité était détournée et utilisée sans que cette consommation soit enregistrée et facturée. Les dossiers de B.C. Hydro indiquaient que l'abonné aux services d'électricité pour la propriété s'appelait Foh Hiong. Après avoir reçu ces renseignements, l'agent Carter a effectué des recherches dans le système informatique de la GRC et déterminé que le propriétaire de la résidence se nommait Thanh L. Vu. Il a aussi constaté qu'aucune subvention aux propriétaires n'était réclamée à l'égard de la résidence et que celle-ci ne faisait l'objet d'aucun permis d'exploitation commerciale. L'agent Carter est ensuite passé en voiture devant la résidence et a noté des observations sur le type de construction de celle-ci (maison à deux étages avec sous-sol), son adresse ainsi que l'emplacement du compteur. Le 6 septembre 2007, il a communiqué avec M. Hall pour obtenir la confirmation de ce qui suit : aucun employé de B.C. Hydro n'avait enlevé de dispositifs de détournement d'hydro-électricité de la résidence; M. Hall croyait encore qu'un vol d'électricité continuait d'avoir lieu; le nom de l'abonné sur le compte de B.C. Hydro était toujours le même. S'appuyant sur ces renseignements, l'agent Carter a préparé une dénonciation sous serment en vue d'obtenir un mandat de perquisition visant les lieux en question afin d'y rechercher des éléments de preuve de vol d'électricité.

[11] La Dénonciation indiquait que l'agent Carter entendait saisir tout élément de preuve étayant une accusation de vol d'électricité en violation de l'al. 326(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. En particulier, il entendait saisir tout équipement ou composant utilisé pour détourner l'électricité, y compris : [TRADUCTION] « . . . les socles, les compteurs d'électricité, les seaux — neufs et usagés — du compteur de B.C. Hydro, les notes dactylographiées, manuscrites ou générées par ordinateur se rapportant au vol d'électricité, ainsi que les relevés et documents relatifs à l'occupation de la propriété et au contrôle exercé sur celle-ci et les services électriques fournis » : d.a., vol. II, p. 112.

[12] A Justice of the Peace issued a search warrant authorizing seizure of “[a]ll equipment and parts utilized to divert electricity, including the meter bases, electrical meters, electrical wires, hydro bypass connections [as well as] [d]ocumentation identifying ownership and/or occupancy of the property” relevant to an investigation of the offence: A.R., vol. II, at p. 109.

[13] The appellant argued at trial that the search for documents relating to ownership and occupation violated his rights under s. 8 of the *Charter* to be free from unreasonable searches and seizures. He submitted that the warrant should not have authorized a search for that sort of documentation because the ITO did not set out reasonable grounds to believe that ownership documentation would be found in the residence.

[14] On the *voir dire* at trial, Cst. Carter agreed that the ITO contained no statement concerning his grounds to believe that documents evidencing ownership or occupation would be found in the residence. The trial judge found that “[t]he ITO does not contain a statement by its author that there are reasonable grounds to believe that documents evidencing ownership or occupation will be found in the Residence. Nor does the ITO contain any facts to support such a belief by Cst. Carter who drafted the ITO” (*voir dire* decision, 2010 BCSC 1260, 218 C.R.R. (2d) 98, at para. 54). She concluded therefore that the ITO could not support a search warrant for documents evidencing ownership or occupation (para. 54).

[15] The Court of Appeal found that this was an error. According to the court, the trial judge had reweighed the grounds set out in the ITO and substituted her view of the sufficiency of the evidence

[12] Un juge de paix a délivré un mandat de perquisition autorisant la saisie de [TRADUCTION] « [t]out équipement ou composant utilisé pour détourner l’électricité, y compris les socles, les compteurs d’électricité, les fils électriques, les dispositifs de détournement d’électricité [ainsi que] [l]es documents identifiant les propriétaires et/ou occupants de la propriété » pertinents pour les besoins d’une enquête sur l’infraction : d.a., vol. II, p. 109.

[13] Au procès, l’appelant a plaidé que les fouilles effectuées pour chercher des documents permettant d’identifier les propriétaires et occupants avaient violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l’art. 8 de la *Charte*. Il a soutenu que le mandat n’aurait pas dû autoriser les policiers à procéder à des fouilles visant des documents de cette nature, étant donné que la Dénonciation ne faisait pas état de motifs raisonnables de croire que des documents relatifs à l’identité des propriétaires seraient découverts dans la résidence.

[14] Lors du *voir-dire* au procès, l’agent Carter a reconnu que la Dénonciation ne renfermait aucune déclaration concernant les motifs pour lesquels il croyait que des documents confirmant l’identité des propriétaires ou occupants seraient découverts dans la résidence. La juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « [l]a Dénonciation ne contient aucune déclaration de son auteur indiquant qu’il existe des motifs raisonnables de croire que des documents confirmant l’identité des propriétaires ou occupants seront découverts dans la résidence. La Dénonciation ne mentionne pas non plus de faits appuyant la conviction de l’agent Carter à cet égard, l’auteur de la Dénonciation » (décision sur le *voir-dire*, 2010 BCSC 1260, 218 C.R.R. (2d) 98, par. 54). Elle a en conséquence conclu que la Dénonciation ne pouvait justifier la délivrance d’un mandat de perquisition permettant de chercher des documents confirmant l’identité des propriétaires ou occupants (par. 54).

[15] La Cour d’appel a jugé qu’il s’agissait là d’une erreur. Selon elle, la juge de première instance avait réévalué les motifs énoncés dans la Dénonciation et substitué son opinion sur le

for that of the issuing justice. In my respectful view, the Court of Appeal was on firm ground in reaching this conclusion.

[16] The question for the reviewing judge is “whether there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued, not whether in the opinion of the reviewing judge, the application should have been granted at all by the authorizing judge”: *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 54 (emphasis deleted); *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at para. 40. In applying this test, the reviewing judge must take into account that authorizing justices may draw reasonable inferences from the evidence in the ITO; the informant need not underline the obvious: *R. v. Shiers*, 2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196, at para. 13; *R. v. Sanchez* (1994), 93 C.C.C. (3d) 357 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 364-65; *R. v. Allain* (1998), 205 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), at para. 11.

[17] The ITO set out facts sufficient to allow the authorizing justice to reasonably draw the inference that there were reasonable grounds to believe that documents evidencing ownership or occupation would be found in the residence: A.R., vol. II, at p. 112. In particular, the ITO referred to the premises to be searched as a “residence” and as a “two (2) story house” (p. 111). It also indicated that the appellant owned the property and that electricity was being consumed there (pp. 110-11). In my view, it is a reasonable inference that a residence would be the place to look for documents evidencing ownership or occupation. Where else would one expect to find such documents if not in the residence itself? Moreover, I think that the authorizing justice could reasonably infer that a place was being occupied as a residence from the fact that electricity was being consumed at that place and that it had an owner.

caractère suffisant de la preuve à celle du juge de paix qui avait décerné le mandat. À mon humble avis, cette conclusion de la Cour d’appel reposait sur de solides assises.

[16] Le juge qui siège en révision doit trancher la question de savoir « s’il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l’autorisation, et non si, de l’avis du juge siégeant en révision, le juge saisi de la demande d’autorisation aurait dû y faire droit » : *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 54 (soulignement omis); *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 40. En appliquant ce critère, le juge siégeant en révision doit se rappeler que le juge de paix saisi de la demande d’autorisation peut tirer des inférences raisonnables de la preuve présentée dans la dénonciation; l’auteur de la dénonciation n’est pas tenu de souligner à grands traits ce qui est par ailleurs évident : *R. c. Shiers*, 2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196, par. 13; *R. c. Sanchez* (1994), 93 C.C.C. (3d) 357 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 364-365; *R. c. Allain* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.), par. 11.

[17] La Dénonciation énonçait suffisamment de faits pour permettre au juge de paix saisi de la demande d’autorisation d’inférer raisonnablement qu’il existait des motifs raisonnables de croire que des documents confirmant l’identité des propriétaires ou occupants seraient découverts dans la résidence : d.a., vol. II, p. 112. En particulier, la Dénonciation décrivait les lieux visés par la perquisition comme étant une [TRADUCTION] « résidence » et une « maison à deux (2) étages » (p. 111). Elle indiquait également que l’appelant était le propriétaire des lieux et que de l’électricité y était consommée (p. 110-111). À mon avis, il est raisonnable d’inférer qu’une résidence est l’endroit où il faut regarder pour trouver des documents confirmant l’identité de ses propriétaires ou occupants. À quel autre endroit pourrait-on s’attendre à trouver de tels documents, si ce n’est dans la résidence elle-même? Qui plus est, j’estime qu’il était raisonnable pour le juge de paix saisi de la demande d’autorisation d’inférer que la propriété était occupée en tant que résidence, compte tenu du fait que de l’électricité était consommée dans ce lieu et que celui-ci avait un propriétaire.

[18] I therefore conclude that the authorizing justice could lawfully issue the warrant to search for documents evidencing ownership or occupation of the property. The search for such material did not breach the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*.

B. *Second Issue: The Computer Searches*

1. Introduction

[19] I have concluded that the search warrant authorized the police to search for documentation identifying ownership and occupancy. The next issue is whether the warrant permitted the police to search for that sort of documentation on the computers and cellular telephone found in the residence.

[20] The appellant says that a computer search requires specific pre-authorization in the warrant. The Crown maintains that this is not necessary because after-the-fact review of the reasonableness of a computer search provides the protection guaranteed by s. 8 of the *Charter*. I agree with the appellant.

[21] Section 8 of the *Charter* — which gives everyone the right to be free of unreasonable searches and seizures — seeks to strike an appropriate balance between the right to be free of state interference and the legitimate needs of law enforcement. In addition to the overriding requirement that a reasonable law must authorize the search, this balance is generally achieved in two main ways.

[22] First, the police must obtain judicial authorization for the search *before* they conduct it, usually in the form of a search warrant. The prior authorization requirement ensures that, before a search is conducted, a judicial officer is satisfied that 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 the goals of law enforcement: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160.

[18] Par conséquent, je conclus que le juge de paix saisi de la demande d'autorisation pouvait légalement décerner le mandat de perquisition autorisant la recherche de documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants de la propriété. Les fouilles visant de tels documents n'ont pas violé les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*.

B. *Deuxième question : la fouille des ordinateurs*

1. Introduction

[19] J'ai conclu que le mandat de perquisition autorisait les policiers à rechercher des documents identifiant les propriétaires et les occupants. Il s'agit maintenant de se demander si le mandat permettait aux policiers de chercher ce genre de documents dans les ordinateurs et le téléphone cellulaire trouvés dans la résidence.

[20] L'appelant affirme que la fouille d'un ordinateur doit faire l'objet d'une autorisation expresse préalable dans le mandat. Pour sa part, le ministère public soutient qu'une telle autorisation n'est pas nécessaire, parce que le contrôle a posteriori du caractère non abusif de la fouille d'un ordinateur permet d'assurer la protection garantie par l'art. 8 de la *Charte*. Je partage l'opinion de l'appelant.

[21] L'article 8 de la *Charte* — qui confère à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — vise à établir un juste équilibre entre le droit à la protection contre l'ingérence de l'État et la nécessité légitime de faire respecter la loi. En plus de l'exigence primordiale selon laquelle la perquisition doit être autorisée par une loi non abusive, cet équilibre est généralement réalisé grâce à deux moyens principaux.

[22] Premièrement, les policiers doivent obtenir des tribunaux l'autorisation d'effectuer la perquisition *avant* de procéder à celle-ci, autorisation qui prend habituellement la forme d'un mandat de perquisition. Cette obligation d'obtenir une autorisation préalable fait en sorte que, avant l'exécution de la perquisition, un officier de justice est convaincu que le droit du public de ne pas être importuné par l'État doit céder le pas au droit de ce dernier de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin

Second, an authorized search must be conducted in a reasonable manner. This ensures that the search is no more intrusive than is reasonably necessary to achieve its objectives. In short, prior authorization prevents unjustified intrusions while the requirement that the search be conducted reasonably limits potential abuse of the authorization to search.

[23] I accept the general proposition, as stated by the Court of Appeal, that “[a] warrant authorizing a search of a specific location for specific things confers on those executing that warrant the authority to conduct a reasonable examination of anything at that location within which the specified things might be found” (para. 63). In other words, specific prior authorization to search anything at that location is not required. The question is whether this general proposition applies to computers or whether specific, prior authorization to search a computer is required.

[24] The privacy interests implicated by computer searches are markedly different from those at stake in searches of receptacles such as cupboards and filing cabinets. Computers potentially give police access to vast amounts of information that users cannot control, that they may not even be aware of or may have chosen to discard and which may not be, in any meaningful sense, located in the place of the search. These factors, understood in light of the purposes of s. 8 of the *Charter*, call for specific pre-authorization in my view.

[25] Although I find that specific, prior authorization was necessary before police could search the devices found within the appellant’s residence, I would not accept one of the interveners’ submissions that the authorizing justice was required, in this

de veiller au respect de la loi : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160. Deuxièmement, la perquisition ainsi autorisée doit être effectuée d’une manière non abusive. Cela permet d’éviter que la perquisition ait un caractère plus envahissant que ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs. Bref, le fait d’exiger une autorisation préalable prévient les intrusions injustifiées, alors que celui d’exiger que la perquisition soit effectuée d’une manière non abusive limite les risques que l’on abuse de l’autorisation de perquisitionner qui a été accordée.

[23] Je souscris à la proposition générale qu’a formulée dans les termes suivants la Cour d’appel : [TRADUCTION] « Un mandat autorisant une perquisition dans un lieu précis pour chercher des choses précises confère aux personnes qui exécutent ce mandat le pouvoir de procéder à un examen raisonnable de tout élément se trouvant à cet endroit et dans lequel les choses précisées pourraient être découvertes » (par. 63). Autrement dit, une autorisation expresse préalable de fouiller tout ce qui se trouve dans le lieu en question n’est pas requise. Toutefois, la question qui se pose consiste à décider si cette proposition générale s’applique aux ordinateurs ou si la fouille d’un ordinateur requiert l’obtention d’une autorisation expresse préalable.

[24] Les intérêts en matière de respect de la vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs diffèrent nettement de ceux en cause lors de la fouille de contenants tels des placards et des classeurs. En effet, les ordinateurs sont susceptibles de donner aux policiers accès à de vastes quantités de données sur lesquelles les utilisateurs n’ont aucune maîtrise, dont ils ne connaissent peut-être même pas l’existence ou dont ils peuvent avoir choisi de se départir, et qui d’ailleurs pourraient fort bien ne pas se trouver concrètement dans le lieu fouillé. Je suis d’avis que, considérés au regard des objectifs visés par l’art. 8 de la *Charte*, ces facteurs commandent l’obtention d’une autorisation expresse préalable.

[25] Bien que je conclue que les policiers devaient obtenir une autorisation expresse préalable avant de pouvoir fouiller les appareils trouvés dans la résidence de l’appelant, je ne puis accepter les observations de l’un des intervenants selon lesquelles

case, to impose a search protocol in advance with conditions limiting the manner of search. While such conditions may be appropriate in some cases, they are not, as a general rule, constitutionally required and were not, in my view, required in this case.

[26] Before turning to my reasons for these conclusions, I must briefly review the facts, decisions and positions of the parties in relation to this issue.

2. Facts, Decisions and Positions of the Parties

(a) *The Search*

[27] On September 6, 2007, Cst. Carter and several other officers entered the residence pursuant to the warrant. A cursory search led to the discovery of marijuana growing in the basement. The officers also found two computers and a cellular telephone in the living room. Cst. Carter searched the first computer, which was connected to a security system that monitored the front of the residence by means of a video camera. Examining the footage stored in the computer, he located images of a black Honda CRV in the driveway of the residence. The RCMP's database confirmed that the appellant was the registered owner of a 2007 black Honda CRV, that he had a B.C. driver's licence, and that he had a registered address on Quintette Crescent in Coquitlam, B.C.

[28] Cst. George searched the second computer which was running an online chat program called MSN. The last user was still signed in and by activating the MSN icon and bringing up the open file Cst. George was able to see that the user was signed in with the email address raymondvu@hotmail.com. A Facebook account in the name of Raymond Vu was also open. Cst. George searched the computer's database for photographs by using the "Start" menu and the "Search" function which permits a search for any photographs or video files. He also searched for any relevant documents on MS-DOS

le juge de paix saisi de la demande d'autorisation était tenu, dans le présent cas, d'imposer à l'avance un protocole de perquisition assorti de conditions limitant la façon de procéder à la fouille. Quoique de telles conditions puissent convenir dans certains cas, elles ne sont pas, en règle générale, requises par la Constitution et, à mon sens, elles n'étaient pas nécessaires en l'espèce.

[26] Avant d'exposer les motifs au soutien de ces conclusions, je vais examiner brièvement les faits, les décisions et les thèses des parties relativement à cette question.

2. Faits, décisions et thèses des parties

a) *La perquisition*

[27] Le 6 septembre 2007, l'agent Carter et plusieurs autres agents sont entrés dans la résidence sous l'autorité du mandat. Une fouille sommaire a permis de découvrir une culture de marijuana au sous-sol. Les agents ont également trouvé deux ordinateurs et un téléphone cellulaire dans le salon. L'agent Carter a fouillé le premier ordinateur, lequel était connecté à un système de sécurité qui surveillait le devant de la résidence au moyen d'une caméra vidéo. En examinant la vidéo archivée dans l'ordinateur, il a repéré des images d'une Honda CRV noire dans l'entrée de la résidence. La base de données de la GRC a confirmé que l'appellant était enregistré à titre de propriétaire d'une Honda CRV noire 2007, qu'il était titulaire d'un permis de conduire de la C.-B. et qu'il possédait une adresse légale sur Quintette Crescent à Coquitlam, en C.-B.

[28] L'agent George a fouillé le second ordinateur sur lequel un logiciel de clavardage en ligne appelé MSN était en marche. Le dernier utilisateur était toujours connecté et, en activant l'icône MSN et en cliquant sur le document ouvert, l'agent George a pu voir que l'utilisateur était connecté au moyen de l'adresse électronique raymondvu@hotmail.com. Un compte Facebook au nom de Raymond Vu était également ouvert. En utilisant le menu « Démarrer » et la fonction « Rechercher », laquelle permet de rechercher des documents photo ou vidéo, l'agent a aussi fouillé dans la base de données de l'ordinateur

or WordPerfect. The search turned up the résumé of Raymond Vu, of which another officer took a photograph. Cst. George did not take many notes during his search and could not recall the steps he took in the process.

[29] On October 18, 2007, Cst. George obtained the serial number for a computer modem found at the residence and filed a request under the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, to obtain the name of the subscriber. His report to the Crown indicated that the subscriber was Luan Vu, although Cst. George acknowledged that this person was not a current subscriber.

[30] Cst. Carter searched the Sony Ericsson model cellular telephone found in the living room. Stored in the phone's database, he discovered a photo of an Asian male, whom Cst. Carter identified as the appellant.

[31] Cst. MacNeil was the exhibits officer for the search. He seized the two computers, the cellular telephone, a power cord for the phone, and a zip drive (a portable computer storage device). He applied for and obtained a detention order to permit the RCMP to retain the two computers and the cellular telephone. The detention order was valid for a period of 90 days unless charges were laid before its expiry.

[32] On January 6, 2008, a few days after the detention order had expired, Sgt. Wilde carried out a second search of the security computer. Cst. George had made a DVD of all the footage in the database but it had been lost. Sgt. Wilde prepared a number of still shots which depicted a vehicle arriving at the residence and a male attending the residence in the five days preceding the execution of the search warrant. Sgt. Wilde admitted that he intentionally had not made any notes of his search of the

à la recherche de photos. Il a également recherché tout document pertinent dans MS-DOS ou WordPerfect. Cette recherche a permis de découvrir le curriculum vitae de Raymond Vu, dont un autre agent a pris une photo. L'agent George n'a pas pris beaucoup de notes durant sa fouille et il ne pouvait se souvenir des différentes opérations qu'il avait effectuées à l'occasion de celle-ci.

[29] Le 18 octobre 2007, l'agent George a obtenu le numéro de série d'un modem d'ordinateur trouvé dans la résidence et il a déposé, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, une demande en vue d'obtenir le nom de l'abonné. Dans le rapport qu'il a présenté au ministère public, il a indiqué que l'abonné s'appelait Luan Vu, reconnaissant toutefois que cette personne n'était pas un abonné à ce moment.

[30] L'agent Carter a fouillé le téléphone cellulaire (de modèle Sony Ericsson) trouvé dans le salon de la résidence. Dans la base de données du téléphone, il a découvert la photo d'un homme asiatique, qu'il a identifié comme étant l'appellant.

[31] L'agent MacNeil, qui était l'agent chargé des pièces à conviction lors de la perquisition, a saisi les deux ordinateurs, le téléphone cellulaire, le cordon d'alimentation du téléphone ainsi qu'un lecteur zip (dispositif de stockage portable pour ordinateur). Il a demandé et obtenu une ordonnance de détention pour permettre à la GRC de conserver les deux ordinateurs et le téléphone cellulaire. Cette ordonnance était valide pour 90 jours à moins que des accusations ne soient portées avant l'expiration de cette période.

[32] Le 6 janvier 2008, quelques jours après l'expiration de l'ordonnance de détention, le sergent Wilde a fouillé une deuxième fois l'ordinateur du système de sécurité. L'agent George avait transféré sur un DVD toutes les images figurant dans la base de données, mais ce DVD avait été égaré. Le sergent Wilde a préparé un certain nombre de photos qui montraient un véhicule arrivant à la résidence et un homme se présentant à celle-ci dans les cinq jours qui ont précédé l'exécution du mandat

computers at the residence to ensure he would not have to testify in court about the search.

(b) *Decisions*

[33] The trial judge concluded that the warrant that police had obtained to search the residence did not authorize the search of the laptop computer or the cellular telephone found therein. In her view:

. . . it is no longer conceivable that a search warrant for a residence could implicitly authorize the search of a computer (or a cellular telephone containing a memory capacity akin to a computer) that may be found in the premises even where the warrant specifically grants an authority to search for documentary evidence of occupation or ownership. [Emphasis deleted; *voir dire* decision, at para. 65.]

[34] The Court of Appeal disagreed with the trial judge's ruling on the *voir dire*. It found that computers and cellular telephones were likely repositories of “[d]ocumentation identifying ownership and/or occupancy of the property”, and as such they could be searched under the warrant. The court concluded that there is nothing in the nature of electronic devices that requires the law of search and seizure to treat them differently from other receptacles found on premises for which a search has been authorized.

(c) *Positions of the Parties*

[35] The appellant, with the support of certain interveners, submits that authorization to search a residence for documents does not include authorization to search computers and cellular telephones found in that place. The appellant maintains that searches of these devices engage more important privacy interests than searches of other receptacles that may be found in a place, such as drawers in a

de perquisition. Le sergent Wilde a admis qu’il avait intentionnellement omis de prendre des notes concernant la fouille des ordinateurs à la résidence pour s’assurer de ne pas avoir à témoigner en cour à ce sujet.

b) *Décisions*

[33] La juge de première instance a conclu que le mandat obtenu par les policiers pour perquisitionner à la résidence n’autorisait pas la fouille de l’ordinateur portable et du téléphone cellulaire qui y ont été trouvés. À son avis :

[TRADUCTION] . . . il n’est désormais plus possible de penser qu’un mandat de perquisition visant une résidence puisse implicitement autoriser la fouille d’un ordinateur (ou d’un téléphone cellulaire comportant une capacité de mémoire semblable à celle d’un ordinateur) qui pourrait être découvert sur les lieux, même lorsque le mandat accorde expressément le pouvoir de chercher des éléments de preuve documentaire confirmant l’identité des occupants ou propriétaires. [Italiques omis; décision sur le voir-dire, par. 65.]

[34] La Cour d’appel n’a pas souscrit à la décision rendue par la juge de première instance au terme du voir-dire. Elle a plutôt conclu que les ordinateurs et téléphones cellulaires constituent des endroits où il est plausible que soient conservés des [TRADUCTION] « documents identifiant les propriétaires et/ou occupants de la propriété » et, pour cette raison, qu’ils peuvent être fouillés en vertu du mandat. La Cour d’appel a également jugé que rien dans la nature des appareils électroniques n’a pour effet d’exiger que le droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies traite ces appareils différemment des autres contenants trouvés dans des lieux où une perquisition a été autorisée.

c) *Thèses des parties*

[35] L’appelant soutient, avec l’appui de certains intervenants, qu’une autorisation de fouiller une résidence en vue d’y chercher des documents n’emporte pas l’autorisation de fouiller les ordinateurs et les téléphones cellulaires découverts dans cet endroit. Il affirme que la fouille de tels appareils met en jeu des intérêts plus importants en matière de vie privée que la fouille d’autres contenants

desk or a filing cabinet. These unique features challenge the efficacy of standard limitations on searches articulated in terms of place, time, and subject matter. The appellant therefore submits that specific authorization is required before police can search a computer.

[36] In contrast, the Crown maintains that established principles of search and seizure are sufficient to meet the challenges posed by new technologies; there is no need for a special regime requiring specific authorization for “computer searches”: R.F., at para. 93. If a warrant authorizes the search of a place for documents, police are authorized to search computers found in that place if those computers might reasonably contain the documents for which the search was authorized. A special regime for computer searches is not advisable because technology is constantly changing and not all computers are used in a manner that engages important privacy interests. Moreover, computer searches are not all alike and different principles of search and seizure may be engaged depending on the circumstances in which the authorities encounter a computer. The Crown warns that requiring specific authority to search computers would restrict access to valuable information and undermine legitimate investigations.

3. Authorizing the Search of Computers Found in a Place of Search

[37] I agree with the appellant and the trial judge that computer searches require specific, prior authorization.

[38] I do not distinguish, for the purposes of prior authorization, the computers from the cellular telephone in issue here. Although historically cellular telephones were far more restricted than

susceptibles de se trouver dans un lieu, par exemple les tiroirs d’un bureau ou d’un classeur. Ces caractéristiques uniques compromettent l’efficacité des restrictions qui sont normalement imposées quant au lieu, à la durée et à l’objet d’une perquisition. En conséquence, l’appelant prétend que les policiers doivent obtenir une autorisation expresse avant de pouvoir fouiller un ordinateur.

[36] En revanche, le ministère public plaide que les principes bien établis du droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies permettent de répondre aux défis que soulèvent les nouvelles technologies; qu’il n’est pas nécessaire d’instituer un régime particulier exigeant l’obtention d’une autorisation expresse pour [TRADUCTION] « les fouilles d’ordinateurs » : m.i., par. 93. Si un mandat autorise les policiers à perquisitionner dans un lieu en vue d’y chercher des documents, ces derniers sont autorisés à fouiller les ordinateurs découverts dans ce lieu si ces appareils peuvent raisonnablement contenir les documents à l’égard desquels la perquisition a été autorisée. Il ne serait pas souhaitable d’instaurer un régime particulier pour les fouilles d’ordinateurs, car la technologie évolue constamment et les ordinateurs ne sont pas tous utilisés d’une manière qui soulève des intérêts importants en matière de respect de la vie privée. De plus, les fouilles d’ordinateurs ne sont pas toutes pareilles, et différents principes relatifs aux fouilles, perquisitions et saisies peuvent entrer en jeu selon les circonstances dans lesquelles les autorités trouvent des ordinateurs. Le ministère public souligne que le fait d’exiger une autorisation expresse à l’égard de la fouille des ordinateurs limiterait l’accès à des renseignements très utiles et compromettrait des enquêtes légitimes.

3. Autorisation de fouiller les ordinateurs découverts dans un lieu perquisitionné

[37] Tout comme l’appelant et la juge de première instance, je suis d’avis que la fouille d’un ordinateur exige l’obtention d’une autorisation expresse préalable.

[38] En ce qui a trait à l’autorisation préalable, je ne fais aucune distinction entre les ordinateurs et le téléphone cellulaire en litige dans la présente affaire. Il est vrai que, dans le passé, le volume et le genre

computers in terms of the amount and kind of information that they could store, present day phones have capacities that are, for our purposes, equivalent to those of computers. The trial judge found that the cellular telephone in this case, for example, had a “memory capacity akin to a computer”: voir *dire* decision, at para. 65. In these reasons, then, when I referred to “computers”, I include within that term the cellular telephone.

(a) *Specific, Prior Authorization Is Required for Computer Searches*

[39] As noted earlier, the general principle is that authorization to search a place includes authorization to search places and receptacles within that place: J. A. Fontana and D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8th ed. 2010), at p. 1181; see, for example, *R. v. E. Star International Inc.*, 2009 ONCJ 576 (CanLII), at para. 17; *BGI Atlantic Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206, at paras. 70-72; *R. v. Charles*, 2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33, at para. 61. This general rule is based on the assumption that, if the search of a place for certain things is justified, so is the search for those things in receptacles found within that place. However, this assumption is *not* justified in relation to computers because computers are not like other receptacles that may be found in a place of search. The particular nature of computers calls for a specific assessment of whether the intrusion of a computer search is justified, which in turn requires prior authorization.

(i) Computers Are Different From Other “Receptacles”

[40] It is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of a personal or home computer: *Morelli*, at para. 105; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 3. Computers are

de données qu’il était possible de stocker dans les téléphones cellulaires étaient bien plus limités que dans les ordinateurs, mais les cellulaires modernes disposent de capacités qui, pour les fins qui nous occupent, équivalent à celles des ordinateurs. La juge de première instance a conclu que, par exemple, le téléphone cellulaire saisi en l’espèce possédait [TRADUCTION] « une capacité de mémoire analogue à celle d’un ordinateur » : décision sur le voir-dire, par. 65. Par conséquent, lorsque je fais mention des « ordinateurs » dans les présents motifs, je vise également le téléphone cellulaire.

a) *Nécessité d’une autorisation expresse préalable en cas de fouille d’ordinateurs*

[39] Comme il a été indiqué précédemment, suivant le principe général applicable, l’autorisation de perquisitionner dans un lieu emporte celle de fouiller les espaces et contenants se trouvant dans ce lieu : J. A. Fontana et D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8^e éd. 2010), p. 1181; voir, par exemple, *R. c. E. Star International Inc.*, 2009 ONCJ 576 (CanLII), par. 17; *BGI Atlantic Inc. c. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206, par. 70-72; *R. c. Charles*, 2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33, par. 61. Cette règle générale repose sur l’hypothèse selon laquelle, si l’exécution d’une perquisition dans un lieu pour y chercher certaines choses est justifiée, la recherche de ces choses dans les contenants découverts dans ce lieu est elle aussi justifiée. Toutefois, cette hypothèse *n’est pas* justifiée dans le cas des ordinateurs, étant donné que ceux-ci ne sont pas assimilables aux autres contenants susceptibles de se trouver dans le lieu perquisitionné. La nature particulière des ordinateurs commande une analyse distincte de la question de savoir si l’intrusion que représente la fouille d’un ordinateur est justifiée, auquel cas une autorisation préalable est nécessaire.

(i) Existence de différences entre les ordinateurs et les autres « contenants »

[40] Il est difficile d’imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d’une personne que la fouille de son ordinateur personnel : *Morelli*, par. 105; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 3.

“a multi-faceted instrumentality without precedent in our society”: A. D. Gold, “Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches”, prepared for the 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer (June 9, 2007), at para. 3 (emphasis added). Consider some of the distinctions between computers and other receptacles.

[41] First, computers store immense amounts of information, some of which, in the case of personal computers, will touch the “biographical core of personal information” referred to by this Court in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. The scale and variety of this material makes comparison with traditional storage receptacles unrealistic. We are told that, as of April 2009, the highest capacity commercial hard drives were capable of storing two terabytes of data. A single terabyte can hold roughly 1,000,000 books of 500 pages each, 1,000 hours of video, or 250,000 four-minute songs. Even an 80-gigabyte desktop drive can store the equivalent of 40 million pages of text: L. R. Robinton, “Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence” (2010), 12 *Yale J.L. & Tech.* 311, at pp. 321-22. In light of this massive storage capacity, the Ontario Court of Appeal was surely right to find that there is a significant distinction between the search of a computer and the search of a briefcase found in the same location. As the court put it, a computer “can be a repository for an almost unlimited universe of information”: *R. v. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481, at para. 43.

[42] Second, as the appellant and the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario) point out, computers contain information that is automatically generated, often unbeknownst to the user. A computer is, as A. D. Gold put it, a “fastidious record keeper” (para. 6). Word-processing programs will often automatically generate temporary files that permit analysts to reconstruct the development

L’ordinateur constitue [TRADUCTION] « un instrument aux multiples facettes sans précédent dans notre société » : A. D. Gold, « Applying Section 8 in the Digital World : Seizures and Searches », document préparé pour le 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer (9 juin 2007), par. 3 (je souligne). Considérons maintenant certaines des distinctions qui existent entre les ordinateurs et les autres contenants.

[41] Premièrement, les ordinateurs stockent d’immenses quantités de données, dont certaines, dans le cas des ordinateurs personnels, touchent à l’« ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel » qu’a mentionné notre Cour dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293. L’ampleur et la variété de cette information rendent irréalistes les comparaisons avec les contenants traditionnels de stockage. On nous dit que, en avril 2009, les lecteurs de disque dur commerciaux dotés de la plus importante capacité de mémoire pouvaient stocker deux téraoctets de données. Or, un seul téraoctet peut contenir à peu près 1 000 000 de livres de 500 pages chacun, 1 000 heures de vidéo ou 250 000 chansons de quatre minutes. Même le disque dur de 80 gigaoctets d’un ordinateur de bureau peut stocker l’équivalent de 40 millions de pages de texte : L. R. Robinton, « Courting Chaos : Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence » (2010), 12 *Yale J.L. & Tech.* 311, p. 321-322. Compte tenu de cette capacité phénoménale de stockage, la Cour d’appel de l’Ontario a certainement eu raison de conclure qu’il existe une différence importante entre la fouille d’un ordinateur et celle d’une valise trouvée au même endroit. Comme l’a exprimé la Cour d’appel, un ordinateur [TRADUCTION] « peut abriter un univers presque illimité d’informations » : *R. c. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481, par. 43.

[42] Deuxièmement, comme le soulignent l’appellant et l’intervenante la Criminal Lawyers’ Association (Ontario), les ordinateurs renferment des données qui sont générées automatiquement, souvent à l’insu de l’utilisateur. Comme l’a dit A. D. Gold, l’ordinateur [TRADUCTION] « tient les dossiers de façon très méticuleuse » (par. 6). En effet, il arrive souvent que les logiciels de traitement de texte

of a file and access information about who created and worked on it. Similarly, most browsers used to surf the Internet are programmed to automatically retain information about the websites the user has visited in recent weeks and the search terms that were employed to access those websites. Ordinarily, this information can help a user retrace his or her cybernetic steps. In the context of a criminal investigation, however, it can also enable investigators to access intimate details about a user's interests, habits, and identity, drawing on a record that the user created unwittingly: O. S. Kerr, "Searches and Seizures in a Digital World" (2005), 119 *Harv. L. Rev.* 531, at pp. 542-43. This kind of information has no analogue in the physical world in which other types of receptacles are found.

[43] Third, and related to this second point, a computer retains files and data even after users think that they have destroyed them. Oft-cited American scholar O. S. Kerr explains:

... marking a file as "deleted" normally does not actually delete the file; operating systems do not "zero out" the zeros and ones associated with that file when it is marked for deletion. Rather, most operating systems merely go to the Master File Table and mark that particular file's clusters available for future use by other files. If the operating system does not reuse that cluster for another file by the time the computer is analyzed, the file marked for deletion will remain undisturbed. Even if another file is assigned to that cluster, a tremendous amount of data often can be recovered from the hard drive's "slack space," space within a cluster left temporarily unused. It can be accessed by an analyst just like any other file. [p. 542]

Computers thus compromise the ability of users to control the information that is available about them in two ways: they create information without the

génèrent automatiquement des fichiers temporaires permettant aux analystes de reconstituer l'élaboration d'un fichier et d'avoir accès à des renseignements indiquant qui a créé le fichier et qui y a travaillé. De même, la plupart des navigateurs utilisés pour consulter Internet sont programmés pour conserver automatiquement des renseignements concernant les sites Web que l'utilisateur a visités dans les semaines précédentes, ainsi que les syntagmes de recherche qu'il a utilisés pour y accéder. Normalement, ces renseignements peuvent aider l'utilisateur à retracer ses démarches cybernétiques. Dans le contexte d'une enquête criminelle, toutefois, ils peuvent également permettre aux enquêteurs d'avoir accès à des détails intimes concernant les intérêts, les habitudes et l'identité de l'utilisateur, à partir d'un dossier que ce dernier a créé sans le savoir : O. S. Kerr, « Searches and Seizures in a Digital World » (2005), 119 *Harv. L. Rev.* 531, p. 542-543. Les renseignements de ce genre ne possèdent pas d'équivalents dans le monde concret qui est celui des autres types de contenants.

[43] Troisièmement — et ce point est d'ailleurs lié au second —, l'ordinateur conserve des fichiers et des données même après que les utilisateurs croient les avoir détruits. Comme l'explique un auteur américain fréquemment cité, O. S. Kerr :

[TRADUCTION] ... le fait qu'un fichier ait été sélectionné et « supprimé » ne signifie pas normalement qu'il a effectivement été supprimé; les systèmes d'exploitation n'« éliminent » pas les zéros et les un associés à ce fichier lorsqu'il est sélectionné pour suppression. La plupart des systèmes d'exploitation modifient plutôt la table de fichiers principale pour indiquer que le bloc de mémoire de ce fichier est libre pour accueillir dans le futur d'autres fichiers. Si le système d'exploitation ne réutilise pas ce bloc pour un autre fichier au moment où l'ordinateur est analysé, le fichier qui a été sélectionné pour suppression reste en mémoire et peut être récupéré. Même si un autre fichier est inséré dans ce bloc de mémoire, une quantité phénoménale de données peut souvent être récupérée dans l'espace libre sur le disque dur, soit l'espace dans un bloc de mémoire temporairement non utilisé. Un analyste peut accéder à ce fichier comme à tout autre fichier. [p. 542]

Les ordinateurs compromettent ainsi de deux façons la capacité des personnes qui les utilisent de rester maîtres des renseignements disponibles à

users' knowledge and they retain information that users have tried to erase. These features make computers fundamentally different from the receptacles that search and seizure law has had to respond to in the past.

[44] Fourth, limiting the location of a search to “a building, receptacle or place” (s. 487(1) of the *Code*) is not a meaningful limitation with respect to computer searches. As I have discussed earlier, search warrants authorize the search for and seizure of things in “a building, receptacle or place” and “permit the search of receptacles such as filing cabinets, *within* that place . . . The physical presence of the receptacle upon the premises permits the search”: Fontana and Keeshan, at p. 1181 (italics in original; underlining added). Ordinarily, then, police will not have access to items that are not physically present in the building, receptacle or place for which a search has been authorized. While documents accessible in a filing cabinet are always at the same location as the filing cabinet, the same is not true of information that can be accessed through a computer. The intervener the Canadian Civil Liberties Association notes that, when connected to the Internet, computers serve as portals to an almost infinite amount of information that is shared between different users and is stored almost anywhere in the world. Similarly, a computer that is connected to a network will allow police to access information on other devices. Thus, a search of a computer connected to the Internet or a network gives access to information and documents that are not in any meaningful sense at the location for which the search is authorized.

[45] These numerous and striking differences between computers and traditional “receptacles” call for distinctive treatment under s. 8 of the *Charter*. The animating assumption of the traditional rule — that if the search of a place is justified, so is the

leur sujet : ils créent de l'information à l'insu des utilisateurs et ils conservent des données que ces derniers ont tenté d'effacer. En raison de ces caractéristiques, les ordinateurs sont fondamentalement différents des contenants que le droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies a dû régir par le passé.

[44] Quatrièmement, limiter l'endroit où la fouille se déroule à « un bâtiment, contenant ou lieu » (par. 487(1) du *Code*) ne constitue pas une restriction utile en ce qui concerne la fouille des ordinateurs. Comme je l'ai expliqué plus tôt, les mandats de perquisition autorisent les policiers à rechercher des choses dans « un bâtiment, contenant ou lieu » et à les saisir, et [TRADUCTION] « permettent de fouiller des contenants, tels des classeurs, *dans* le lieu perquisitionné [. . .] La présence physique du contenant sur les lieux permet d'effectuer une telle fouille » : Fontana et Keeshan, p. 1181 (italiques dans l'original; je souligne). Ordinairement, les policiers n'ont pas accès aux objets qui ne se trouvent pas physiquement dans le bâtiment, contenant ou lieu où la perquisition a été autorisée. Bien que les documents physiques auxquels on a accès dans un classeur se trouvent toujours au même endroit que le classeur lui-même, on ne peut en dire autant des renseignements auxquels on peut avoir accès au moyen d'un ordinateur. L'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles souligne que les ordinateurs qui sont connectés à Internet servent de portails à une quantité presque infinie de données qui sont partagées entre différents utilisateurs et stockées presque n'importe où dans le monde. De même, un ordinateur connecté à un réseau permettra à la police d'avoir accès à des renseignements se trouvant dans d'autres appareils. Par conséquent, la fouille d'un ordinateur connecté à Internet ou à un réseau permet d'avoir accès à des données et à des documents qui ne se trouvent pas concrètement dans le lieu où la fouille est autorisée.

[45] Ces différences nombreuses et frappantes entre les ordinateurs et les « contenants » traditionnels commandent que ces objets soient traités différemment pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. L'hypothèse fondamentale à la base de la

search of receptacles found within it — simply cannot apply with respect to computer searches.

(ii) Prior Authorization Is Required

[46] Prior authorization of searches is a cornerstone of our search and seizure law. As the Court affirmed in *Hunter*, the purpose of s. 8 is “to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization” (p. 160 (emphasis in original)). Dickson J. went on in *Hunter* to say that the requirement of prior authorization “puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual” (*ibid.*). The purpose of the prior authorization process is thus to balance the privacy interest of the individual against the interest of the state in investigating criminal activity *before* the state intrusion occurs.

[47] I have found that privacy interests in computers are different — markedly so — from privacy interests in other receptacles that are typically found in a place for which a search may be authorized. For this reason, I do not accept that a justice who has considered the privacy interests arising from the search of a place should be assumed to have properly considered the particular interests that could be compromised by a computer search. The distinctive privacy concerns that are at stake when a computer is searched must be considered in light of the purposes of s. 8 of the *Charter*. This calls for a specific assessment of “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”: *Hunter*, at pp. 159-60. That is the threshold demanded by s. 8 of the *Charter*. Only a specific authorization to search a computer found

règle traditionnelle — à savoir que si la perquisition effectuée dans un lieu est justifiée, la fouille des contenants découverts dans ce lieu l’est également — ne peut tout simplement pas s’appliquer à la fouille des ordinateurs.

(ii) Nécessité de l’autorisation préalable

[46] L’autorisation préalable des perquisitions constitue une assise fondamentale de notre droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies. Comme l’a confirmé la Cour dans l’arrêt *Hunter*, l’art. 8 a pour but « de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent [. . .] Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d’autorisation préalable » (p. 160 (souligné dans l’original)). Le juge Dickson a ajouté, dans ce même arrêt, que l’exigence relative à l’autorisation préalable « impose à l’État l’obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier » (*ibid.*). L’objectif du processus d’autorisation préalable est donc de mettre en balance le droit à la vie privée du particulier et l’intérêt de l’État à enquêter sur une activité criminelle, *avant* que l’intrusion de l’État ne se produise.

[47] J’ai conclu que les intérêts en matière de vie privée soulevés par les ordinateurs diffèrent — et ce nettement — de ceux que mettent en jeu d’autres contenants se trouvant habituellement dans les lieux où des perquisitions peuvent être autorisées. Pour cette raison, je ne peux admettre qu’il faille présumer qu’un juge de paix ayant considéré les intérêts en matière de vie privée que soulève la perquisition envisagée dans un lieu dûment tenu compte des intérêts particuliers auxquels pourrait porter atteinte la fouille d’un ordinateur. Les préoccupations distinctives en matière de vie privée qui sont en jeu lors de la fouille d’un ordinateur doivent être examinées au regard des objectifs de l’art. 8 de la *Charte*. Il est donc nécessaire de se demander de façon particulière « 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,

in the place of search ensures that the authorizing justice has considered the full range of the distinctive privacy concerns raised by computer searches and, having done so, has decided that this threshold has been reached in the circumstances of a particular proposed search.

[48] Specific, prior authorization means, in practical terms, that if police intend to search any computers found within a place they want to search, they must first satisfy the authorizing justice that they have reasonable grounds to believe that any computers they discover will contain the things they are looking for. They need not, however, establish that they have reasonable grounds to believe that computers will be found in the place, although they clearly should disclose this if it is the case. I would add here that once a warrant to search computers is obtained, police have the benefit of s. 487(2.1) and (2.2) of the *Code*, which allows them to search, reproduce, and print data that they find.

[49] If police come across a computer in the course of a search and their warrant does not provide specific authorization to search computers, they may seize the computer (assuming it may reasonably be thought to contain the sort of things that the warrant authorizes to be seized), and do what is necessary to ensure the integrity of the data. If they wish to search the data, however, they must obtain a separate warrant.

(iii) After-the-Fact Review Is Not Sufficient

[50] The Crown and intervening Attorneys General submit that specific, prior authorization to search computers is not necessary because an after-the-fact review of the manner in which a search is conducted provides sufficient protection for the

d'assurer l'application de la loi » : *Hunter*, p. 159-160. Voilà en quoi consiste le critère d'application de l'art. 8 de la *Charte*. Seul un mandat autorisant expressément la fouille des ordinateurs susceptibles d'être découverts dans le lieu perquisitionné garantit que le juge de paix qui a statué sur la demande d'autorisation a pris en compte l'ensemble des préoccupations distinctives en matière de vie privée que soulève la fouille de ces appareils, puis déterminé que ce critère était respecté eu égard aux circonstances de la fouille particulière projetée.

[48] Concrètement, une telle autorisation expresse préalable signifie que, si des policiers entendent fouiller tout ordinateur trouvé dans le lieu qu'ils souhaitent perquisitionner, ils doivent d'abord convaincre le juge de paix saisi de la demande d'autorisation qu'ils possèdent des motifs raisonnables de croire que les ordinateurs qu'ils pourraient découvrir contiendront les choses qu'ils recherchent. Les policiers ne sont toutefois pas tenus de démontrer qu'ils ont des motifs raisonnables de croire que des ordinateurs seront découverts dans le lieu concerné, mais ils devraient clairement dévoiler ce fait si c'est le cas. J'ajouterais ici que les policiers qui ont obtenu un mandat autorisant la fouille d'ordinateurs peuvent ensuite se prévaloir des par. 487(2.1) et (2.2) du *Code*, dispositions qui les autorisent à fouiller, à reproduire et à imprimer les données qu'ils trouvent.

[49] Si, durant une perquisition, les policiers trouvent un ordinateur et que leur mandat ne les autorise pas expressément à fouiller les ordinateurs, ils peuvent le saisir (pour autant qu'il soit raisonnable de croire que l'appareil contient le genre de choses que le mandat autorise à saisir) et prendre les mesures nécessaires pour assurer l'intégrité des données. Toutefois, s'ils désirent consulter ces données, ils doivent obtenir un mandat distinct.

(iii) Insuffisance du contrôle a posteriori

[50] Le ministère public et les procureurs généraux intervenants soutiennent que l'obtention d'une autorisation expresse préalable de fouiller des ordinateurs n'est pas nécessaire, parce que le contrôle a posteriori de la manière dont la fouille a

privacy rights that are at stake when a computer is searched. I disagree.

[51] As I explained above, if computers give rise to particular privacy interests that distinguish them from other receptacles typically found in a place, then s. 8 requires those interests to be taken into account *before* the search takes place, not just after-the-fact, in order to ensure that the state's interest in conducting the search justifies the intrusion into individual privacy. In effect, the privacy interests at stake when computers are searched require that those devices be treated, to a certain extent, as a separate place.

[52] As a result, I reject the Crown's submission that leaving the reasonableness of a computer search to after-the-fact review alone is compliant with the requirements of s. 8 of the *Charter*. As I explain next, however, I find the Crown's submissions to be more convincing with respect to the issue of whether authorizing justices should be constitutionally required to include search protocols in warrants authorizing the search of a computer.

- (b) *A Warrant Authorizing the Search of Computers in the Circumstances of This Case Would Not Constitutionally Require the Imposition of Conditions Limiting How the Computers Were to Be Searched*

[53] The intervener the British Columbia Civil Liberties Association ("B.C.C.L.A.") submits that, in addition to a requirement that searches of computers be specifically authorized by a warrant, this Court should also find that these warrants must, as a rule, set out detailed conditions, sometimes called "*ex ante* conditions" or "search protocols", under which the search may be carried out. According to the B.C.C.L.A., search protocols are necessary because they allow authorizing justices to limit the way in which police carry out their

été effectuée protège suffisamment les droits en matière de vie privée que met en jeu la fouille d'un ordinateur. Je ne suis pas d'accord.

[51] Comme je l'ai expliqué précédemment, si les ordinateurs soulèvent des intérêts particuliers en matière de vie privée qui les distinguent des autres contenants habituellement trouvés dans un lieu, l'art. 8 commande alors que ces intérêts soient pris en compte *avant* l'exécution de la fouille — et non pas seulement après celle-ci — si l'on veut s'assurer que l'intérêt de l'État à effectuer la fouille justifie l'intrusion dans la vie privée de la personne concernée. En effet, en raison des intérêts en matière de vie privée que soulève la fouille d'un ordinateur, un tel appareil doit, dans une certaine mesure, être traité comme un lieu distinct.

[52] Par conséquent, je rejette l'argument du ministère public selon lequel le contrôle a posteriori du caractère non abusif de la fouille d'un ordinateur permet à lui seul d'assurer le respect des exigences de l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, comme je vais l'expliquer ci-après, j'estime que les prétentions du ministère public sont plus convaincantes relativement à la question de savoir si les juges de paix saisis des demandes d'autorisation doivent être considérés comme tenus par la Constitution d'insérer des protocoles de perquisition dans les mandats autorisant la fouille d'ordinateurs.

- (b) *La Constitution n'exige pas qu'un mandat autorisant la fouille d'ordinateurs dans des circonstances comme celles qui nous occupent impose des conditions limitant la façon dont les ordinateurs doivent être fouillés*

[53] L'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« A.L.C.C.-B. ») soutient que, en plus d'exiger que la fouille des ordinateurs soit expressément autorisée par un mandat, notre Cour devrait également conclure qu'un tel mandat doit, en règle générale, énoncer des conditions détaillées — parfois appelées « conditions préalables » ou « protocoles de perquisition » — aux termes desquelles la perquisition peut être exécutée. Selon l'A.L.C.C.-B., les protocoles de perquisition sont nécessaires, parce qu'ils

searches, protecting certain areas of a computer from the eyes of the investigators. The Crown and intervening Attorneys General oppose this sort of requirement, arguing that it is contrary to principle and impractical. While I am not convinced that these sorts of special directions should be rejected as a matter of principle, my view is that they are not, as a general rule, constitutionally required and that they would not have been required in this case.

[54] While I propose, in effect, to treat computers in some respects as if they were a separate place of search necessitating distinct prior authorization, I am not convinced that s. 8 of the *Charter* requires, in addition, that the manner of searching a computer must always be spelled out in advance. That would be a considerable extension of the prior authorization requirement and one that in my view will not, in every case, be necessary to properly strike the balance between privacy and effective law enforcement. I reach this conclusion for two reasons.

[55] First, the manner of search is generally reviewed after the fact. That sort of detailed review with evidence and argument from both sides is better suited to developing new rules about how searches are to be conducted than is the *ex parte* procedure by which warrants are issued. *R. v. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108 (CanLII), is a good example of a case where the scope of a computer search was found to be unreasonable after the fact. The police had a search warrant authorizing them to examine a computer for evidence that the respondent had accessed the Internet. The Quebec Court of Appeal found that the police were not, by virtue of the warrant, authorized to scour the computer for evidence that the accused had engaged in the crime of distributing child pornography (para. 53). Thus, an *ex post* review of the reasonableness of a computer search in a particular case can signal to police how they should limit their

permettre au juge de paix saisi de la demande d'autorisation d'encadrer la façon dont les policiers effectuent leurs fouilles et de protéger ainsi certaines parties des ordinateurs du regard des enquêteurs. Pour leur part, le ministère public et les procureurs généraux intervenants s'opposent à une exigence de ce genre, plaidant qu'elle serait contraire aux principes pertinents et impossible à appliquer. Même si je ne suis pas convaincu que des directives spéciales de cette nature devraient par principe être écartées, je suis néanmoins d'avis que de telles directives ne sont pas, en règle générale, requises par la Constitution, et qu'elles n'auraient pas été nécessaires en l'espèce.

[54] Bien que je propose, dans les faits, de considérer qu'à certains égards un ordinateur constitue un lieu de fouille séparé nécessitant une autorisation préalable distincte, je ne suis pas persuadé que l'art. 8 de la *Charte* requiert en outre que la manière de fouiller un ordinateur soit toujours précisée à l'avance. Une telle condition aurait pour effet d'élargir considérablement l'obligation d'obtenir une autorisation préalable, et, à mon sens, elle ne serait pas nécessaire dans tous les cas pour établir un juste équilibre entre la protection de la vie privée et l'application efficace de la loi. J'arrive à cette conclusion pour deux raisons.

[55] Premièrement, la manière dont la perquisition a été exécutée fait généralement l'objet d'un contrôle a posteriori. Ce genre de contrôle minutieux, où les deux parties présentent des éléments de preuve et des arguments, est plus propice à l'élaboration de nouvelles règles sur la façon d'effectuer les fouilles que ne l'est la procédure *ex parte* de délivrance des mandats. L'arrêt *R. c. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108 (CanLII), constitue un bon exemple de situation où l'étendue de la fouille d'un ordinateur a, a posteriori, été jugée abusive. Les policiers étaient munis d'un mandat de perquisition les autorisant à fouiller un ordinateur afin d'y chercher des éléments de preuve indiquant que l'intimé avait accédé à Internet. La Cour d'appel du Québec a conclu que les policiers n'étaient pas autorisés par ce mandat à passer l'ordinateur au peigne fin à la recherche de preuves de la perpétration par l'accusé du crime

searches in future cases. Moreover, as has occurred in other areas of search law, after-the-fact review may lead courts to set out specific rules according to which searches must be conducted, as this Court did, for example, in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 889-92.

[56] Of course, developments in the case law may also spur parliamentary action aimed at tackling the issues more comprehensively. The *Criminal Code* contains certain rules which impose conditions, or require the authorizing justice to impose conditions, relating to the manner in which searches may be conducted. For example, s. 488 of the *Code* stipulates that a warrant (issued under s. 487 or s. 487.1) shall generally be executed by day. Also, the *Code* and this Court have set out special rules governing the manner of search — in effect, search protocols — in relation to documents for which solicitor-client privilege is claimed: s. 488.1; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49. Similarly, s. 186(4)(d) requires a judge who issues an intercept authorization to impose such terms and conditions as are advisable in the public interest. I would not at this point foreclose similar developments with respect to computer searches as the law evolves through reviews of searches at trial and, if Parliament is so inclined, through legislative action.

[57] Second, requiring search protocols to be imposed as a general rule in advance of the search would likely add significant complexity and practical difficulty at the authorization stage. At that point, an authorizing justice is unlikely to be able

de distribution de pornographie juvénile (par. 53). En conséquence, le contrôle a posteriori du caractère non abusif d'une fouille d'ordinateur dans un cas particulier peut indiquer aux policiers la façon dont ils devraient circonscrire leurs perquisitions dans de futures affaires. En outre, comme cela s'est produit dans d'autres domaines du droit en matière de perquisitions et de fouilles, le contrôle a posteriori peut amener les tribunaux à établir des règles précises sur la manière dont les fouilles et perquisitions doivent être effectuées, comme l'a fait notre Cour dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 889-892.

[56] Il va de soi que l'évolution de la jurisprudence peut également inciter le législateur à intervenir en vue de régler certaines questions de façon plus globale. Le *Code criminel* comporte en effet certaines règles qui assujettissent l'exécution des fouilles au respect de certaines conditions ou qui obligent le juge de paix saisi de la demande d'autorisation à imposer des conditions. Par exemple, l'art. 488 du *Code* précise qu'un mandat (décerné en vertu de l'art. 487 ou 487.1) doit généralement être exécuté de jour. De plus, le *Code* et notre Cour ont énoncé des règles particulières régissant la manière d'effectuer les perquisitions — en fait, des protocoles de perquisition — dans le cas de documents à l'égard desquels le privilège des communications entre client et avocat est invoqué : art. 488.1; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49. De même, l'al. 186(4)d oblige le juge qui accorde une autorisation d'intercepter des communications privées à imposer les modalités qu'il estime opportunes dans l'intérêt public. À ce stade-ci, je n'écarte pas la possibilité que les règles encadrant la fouille des ordinateurs connaissent des développements analogues, à mesure que le droit évolue par suite soit du contrôle des fouilles lors des procès, soit des interventions du législateur, lorsque celui-ci sent le besoin de le faire.

[57] Deuxièmement, le fait d'exiger que soient en règle générale imposés des protocoles de perquisition avant l'exécution de la fouille rendrait vraisemblablement l'étape de l'autorisation beaucoup plus complexe, en plus de créer des difficultés d'ordre

to predict, in advance, the kinds of investigative techniques that police can and should employ in a given search or foresee the challenges that will present themselves once police begin their search. In particular, the ease with which individuals can hide documents on a computer will often make it difficult to predict where police will need to look to find the evidence they are searching for. For example, an authorizing justice's decision to limit a search for child pornography to image files may cause police to miss child pornography that is stored as a picture in a Word document. In short, attempts to impose search protocols during the authorization process risk creating blind spots in an investigation, undermining the legitimate goals of law enforcement that are recognized in the pre-authorization process. These problems are magnified by rapid and constant technological change.

[58] Courts in the United States have acknowledged the difficulty of predicting in advance where relevant files might be found on a computer. While the Tenth Circuit once suggested that police should be restricted to searching computers by file types, titles, or key words (see *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999), at p. 1276), later cases have moved away from this approach: W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (5th ed. 2012), vol. 2, at pp. 968-69. For example, in *United States v. Burgess*, 576 F.3d 1078 (10th Cir. 2009), decided 10 years after *Carey*, the same court held that “[i]t is unrealistic to expect a warrant to prospectively restrict the scope of a search by directory, filename or extension or to attempt to structure search methods [S]uch limits would unduly restrict legitimate search objectives” (pp. 1093-94). More recently, in *United States v. Christie*, 717 F.3d 1156 (10th Cir. 2013), the court found that “[c]omputer files can be misnamed by accident, disguised by intention, or hidden altogether, leaving investigators at a loss to know *ex ante* what sort of search will prove sufficient to ferret out the evidence they legitimately seek”: p. 1166; see generally O. S. Kerr, “Ex Ante Regulation of

pratique. En effet, à cette étape le juge de paix saisi de la demande d'autorisation n'est probablement pas capable de prédire le genre de techniques d'enquête que les policiers pourront et devront utiliser dans le cadre d'une perquisition donnée, ou encore de prévoir les défis qui surgiront une fois que les policiers commenceront leur perquisition. En particulier, vu la facilité avec laquelle les gens peuvent cacher des documents dans un ordinateur, il est souvent difficile de prédire l'endroit où les policiers devront fouiller pour trouver la preuve recherchée. Par exemple, si le juge de paix saisi de la demande d'autorisation dans une affaire de pornographie juvénile décide de limiter la perquisition aux fichiers images, les policiers pourraient passer à côté de photos pornographiques d'enfants insérées dans un document Word. Bref, les tentatives en vue d'imposer des protocoles de perquisition à l'étape de l'autorisation risquent de créer des angles morts dans une enquête et de contrecarrer les objectifs légitimes de l'application de la loi dont tient compte le processus d'autorisation préalable. Ces problèmes sont d'ailleurs amplifiés par l'évolution rapide et constante de la technologie.

[58] Aux États-Unis, les tribunaux ont reconnu la difficulté de prédire où les dossiers pertinents peuvent se trouver dans un ordinateur. Bien que la Tenth Circuit Court ait déjà suggéré que les policiers ne devraient être autorisés à fouiller les ordinateurs que par types de fichier, par titres ou par mots clés (voir *United States c. Carey*, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999), p. 1276), des décisions postérieures se sont éloignées de cette approche : W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (5^e éd. 2012), vol. 2, p. 968-969. À titre d'exemple, dans *United States c. Burgess*, 576 F.3d 1078 (10th Cir. 2009), affaire décidée 10 ans après *Carey*, le même tribunal a tiré la conclusion qu'[TRADUCTION] « [i]l est irréaliste de s'attendre à ce qu'un mandat limite de façon prospective l'étendue d'une fouille par répertoires, noms de fichier ou extensions, ou tente de structurer des méthodes de fouille [. . .] [D]e telles limites restreindraient indûment les objectifs légitimes des fouilles » (p. 1093-1094). Plus récemment, dans *United States c. Christie*, 717 F.3d 1156 (10th Cir. 2013), la Tenth Circuit Court a conclu qu'[TRADUCTION] « [i]l peut arriver que des fichiers informatiques soient accidentellement mal désignés, intentionnellement camouflés ou

Computer Search and Seizure” (2010), 96 *Va. L. Rev.* 1241, at p. 1277.

[59] For these reasons, my view is that search protocols are not, as a general rule, constitutionally required for pre-authorization of computer searches. Nor, in my view, were they constitutionally required in this case.

[60] The computer searches here were aimed at evidence of ownership and occupation of a dwelling. There is nothing in the record that would assist us in formulating a practical and appropriate search protocol that could have been imposed in this case. Depending on how the computer was used, which police could not have known until they looked at the device, this evidence could have been found almost anywhere in the computer. For example, an address or image of the occupant could have been in a Word document, an Excel file, a tax-filing program, image or video files, various on-line accounts, etc. Moreover, a search of any one of these types of programs or files would not have assured access to the sought-after information. Finally, the police did not indicate any intention to use sophisticated forensic search methods to scour the device and they made no attempt to do so. In my view, there were no circumstances that pointed to a need for a search protocol to be included in a warrant authorizing the search of computers, should they be found in the residence.

[61] By now it should be clear that my finding that a search protocol was not constitutionally required in this case does not mean that once police had the warrant in hand, they had a licence to scour

encore tout simplement cachés, autant de situations qui empêchent les enquêteurs de savoir d’avance quel genre de fouille leur permettra de dénicher les preuves qu’ils recherchent légitimement » : p. 1166; voir, en général, O. S. Kerr, « Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure » (2010), 96 *Va. L. Rev.* 1241, p. 1277.

[59] Pour ces raisons, je suis d’avis que les protocoles de perquisition ne sont, en règle générale, pas requis par la Constitution en cas d’autorisation préalable de la fouille d’un ordinateur. De plus, aucun protocole de la sorte n’était constitutionnellement requis dans les circonstances de la présente affaire.

[60] En l’espèce, la fouille des ordinateurs visait des éléments de preuve confirmant l’identité des propriétaires et occupants d’une habitation. Il n’y a rien au dossier qui puisse nous aider à formuler un protocole de perquisition qui soit à la fois pratique et approprié, et qui aurait pu être imposé dans la présente affaire. Selon la façon dont les ordinateurs étaient utilisés — facteur que les policiers ne pouvaient connaître avant d’examiner les appareils — la preuve recherchée aurait pu être découverte à peu près n’importe où dans ceux-ci. Par exemple, l’adresse de l’occupant ou une photo de celui-ci aurait pu figurer dans un document Word, un fichier Excel, un logiciel de production de déclarations de revenus, des fichiers images ou vidéos, divers comptes en ligne, etc. En outre, la fouille de l’un ou l’autre de ces types de logiciels ou de fichiers n’aurait pas nécessairement permis de trouver l’information recherchée. Enfin, les policiers n’avaient d’aucune façon indiqué qu’ils entendaient recourir à des techniques d’investigation criminalistique perfectionnées pour passer l’appareil au peigne fin, et ils n’ont d’ailleurs fait aucune tentative de la sorte. À mon avis, aucune circonstance ne tendait à indiquer qu’il était nécessaire d’inclure un protocole de perquisition dans un mandat autorisant la fouille d’ordinateurs, au cas où de tels appareils seraient découverts dans la résidence.

[61] Il est sans doute évident, à ce point-ci, que ma conclusion selon laquelle aucun protocole de perquisition n’était requis par la Constitution en l’espèce ne signifie pas que, une fois munis d’un

the devices indiscriminately. They were bound, in their search, to adhere to the rule that the manner of the search must be reasonable. Thus, if, in the course of their search, the officers realized that there was in fact no reason to search a particular program or file on the device, the law of search and seizure would require them not to do so.

[62] Although I do not find that a search protocol was required on the particular facts of this case, authorizing justices must assure themselves that the warrants they issue fulfil the objectives of prior authorization as established in *Hunter*. They also have the discretion to impose conditions to ensure that they do. If, for example, an authorizing justice were faced with confidential intellectual property or potentially privileged information, he or she might find it necessary and practical to impose limits on the manner in which a computer could be searched. In some cases, authorizing justices may find it practical to impose conditions when police first request authorization to search. In others, they might prefer a two-stage approach where they would first issue a warrant authorizing the seizure of a computer and then have police return for an additional authorization to search the seized device. This second authorization might include directions concerning the manner of search. Moreover, I would not foreclose the possibility that our developing understanding of computer searches and changes in technology may make it appropriate to impose search protocols in a broader range of cases in the future. Without expressing any firm opinion on these points, it is conceivable that proceeding in this way may be appropriate in some circumstances.

mandat, les policiers étaient pour autant autorisés à passer sans discernement les appareils au peigne fin. En effet, ils demeuraient quand même tenus de se conformer à la règle requérant que la manière de procéder à la perquisition ne soit pas abusive. Par conséquent, s'ils s'étaient rendu compte durant la perquisition qu'il n'existait en fait aucune raison de fouiller un logiciel ou un fichier spécifique dans l'appareil, le droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies exigeait qu'ils s'abstiennent de le faire.

[62] Bien que j'estime qu'aucun protocole de perquisition n'était requis au vu des faits particuliers de la présente affaire, les juges de paix saisis d'une demande d'autorisation doivent s'assurer que les mandats qu'ils décernent répondent aux objectifs de la procédure d'autorisation préalable établis dans l'affaire *Hunter*. De plus, ils possèdent le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions à cette fin. Si, par exemple, le juge de paix est en présence de renseignements concernant des droits de propriété intellectuelle confidentiels ou encore des renseignements susceptibles d'être protégés par un privilège, il pourrait décider qu'il est nécessaire et pratique d'imposer des limites quant à la manière dont un ordinateur peut être fouillé. Dans certains cas, le juge de paix peut estimer pratique d'imposer des conditions lorsque les policiers présentent leur demande d'autorisation de perquisitionner initiale. Dans d'autres circonstances, il pourrait préférer une démarche en deux temps, où il décernerait d'abord un mandat autorisant la saisie d'un ordinateur et exigerait que les policiers reviennent ensuite devant lui afin d'obtenir une autorisation supplémentaire leur permettant de fouiller l'appareil saisi. Cette seconde autorisation pourrait comporter des directives sur la manière de procéder à la fouille. En outre, je n'écarte pas la possibilité que l'amélioration de nos connaissances en matière de fouille d'ordinateurs ainsi que l'évolution des technologies puissent justifier, dans le futur, d'imposer des protocoles de perquisition dans un plus large éventail de situations. Je ne me prononce pas de façon ferme sur ces questions, mais il est par ailleurs concevable, selon moi, qu'une telle procédure puisse s'avérer appropriée dans certaines circonstances.

(c) *The Scope of These Reasons*

[63] It is not my intention to create a regime that applies to all computers or cellular telephones that police come across in their investigations, regardless of context. As the respondent correctly points out, police may discover computers in a range of situations and it will not always be appropriate to require specific, prior judicial authorization before they can search those devices. For example, I do not, by way of these reasons, intend to disturb the law that applies when a computer or cellular telephone is searched incident to arrest or where exigent circumstances justify a warrantless search. Rather, these reasons relate to those situations where a warrant is issued for the search of a place and police want to search a computer within that place that they reasonably believe will contain the things for which the search was authorized. As noted earlier, it is not necessary that the police present reasonable grounds that a computer will be found in order to obtain a warrant that includes authorization to search a computer found in the premises.

[64] While the scope of these reasons is restricted to warranted searches of a place, they apply equally to all computers found within a place with respect to which a search warrant has been issued. Put differently, any time that police intend to search the data stored on a computer found within a place for which a search has been authorized, they require specific authorization to do so. I find no reason, for the purposes of prior authorization, to treat computers differently on the basis of the particular use to which they have been put. For example, in this case, I make no distinction between the “personal” computer and the “security” computer for the purposes of prior authorization because both were capable of storing personal information. Computers do not distinguish between personal data and non-personal data; if information can be reduced to a series of ones and zeros, it can be stored on any computer. Moreover, decisions about whether or not to search the data

c) *Portée des présents motifs*

[63] Je n’ai pas l’intention de créer un régime applicable à tous les ordinateurs et téléphones cellulaires que trouvent les policiers au cours de leurs enquêtes, indépendamment du contexte. Comme le souligne à juste titre l’intimée, les policiers peuvent découvrir des ordinateurs dans des situations variées et il ne sera pas toujours indiqué d’exiger qu’ils obtiennent au préalable une autorisation judiciaire expresse avant de pouvoir fouiller les appareils. Par exemple, je n’entends pas, par les présents motifs, modifier le droit applicable lorsqu’un ordinateur ou un téléphone cellulaire est fouillé de façon incidente lors d’une arrestation, ou lorsque des circonstances pressantes justifient l’exécution d’une fouille sans mandat. Les présents motifs visent plutôt les situations où un mandat est décerné en vue d’autoriser une perquisition dans un lieu et où les policiers souhaitent pouvoir fouiller les ordinateurs qu’ils pourraient y trouver, parce qu’ils croient raisonnablement que ceux-ci contiendront les choses pour lesquelles la perquisition a été autorisée. Comme je l’ai souligné précédemment, il n’est pas nécessaire que les policiers qui désirent obtenir un mandat de perquisition autorisant aussi la fouille de tout ordinateur qui serait trouvé dans les lieux perquisitionnés présentent des motifs raisonnables de croire qu’un ordinateur sera découvert dans ceux-ci.

[64] Bien que la portée des présents motifs se limite aux perquisitions visant un lieu et autorisées par un mandat, les motifs s’appliquent également à tous les ordinateurs découverts dans le lieu à l’égard duquel un mandat de perquisition a été décerné. Autrement dit, chaque fois que les policiers ont l’intention de fouiller les données stockées dans un ordinateur découvert dans le lieu où une perquisition a été autorisée, ils ont besoin d’une autorisation expresse pour le faire. Je ne vois aucune raison, pour les besoins du processus d’autorisation préalable, de traiter les ordinateurs différemment les uns des autres selon l’utilisation particulière qui est faite de chacun. Par exemple, relativement à la délivrance de l’autorisation préalable, je ne fais aucune distinction en l’espèce entre l’ordinateur « personnel » et l’ordinateur de « sécurité », puisque les deux permettraient de stocker des renseignements personnels. Les ordinateurs ne distinguent pas les

on a device must be made before police know exactly what it contains. Rare will be the case where police know, at the authorization stage before they search a device, whether a computer is used for personal purposes or not. When it comes to authorization, then, I would treat all computers in the same way.

C. *Third Issue: Exclusion of the Evidence*

[65] In this case, the search warrant did not authorize the search of the computers found in the residence. As a result, the searches of those devices were not authorized by law and violated the appellant's right to be free of unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. I must therefore address the question of whether the evidence found as a result of those searches was properly excluded at trial.

[66] The trial judge admitted the evidence obtained from the security computer but excluded the evidence derived from the search of the personal computer and the cellular telephone. The appellant is asking that the decision of the trial judge be restored and he does not contest her decision to admit the evidence from the security computer. My s. 24(2) *Charter* analysis is therefore limited to the evidence derived from the search of the personal computer and the cellular telephone.

[67] Although in general, a reviewing court should defer to a trial judge's s. 24(2) determination, I find I cannot do so in this case. In *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, the majority of this Court found that "[w]here a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review" (para. 44). However, where relevant factors have been overlooked or the trial judge has made an error, a fresh s. 24(2) analysis is necessary: *Cole*,

données qui sont personnelles de celles qui ne le sont pas; si des renseignements peuvent être réduits à une série de un et de zéros, ils peuvent être stockés dans n'importe quel ordinateur. Qui plus est, la décision de fouiller ou non les données se trouvant dans un appareil est nécessairement prise avant que les policiers sachent exactement ce que contient celui-ci. Il arrive rarement que les policiers sachent, à l'étape de l'autorisation précédant la fouille d'un ordinateur, si cet appareil est utilisé à des fins personnelles ou non. Par conséquent, pour ce qui concerne l'autorisation, je traiterais tous les ordinateurs de la même façon.

C. *Troisième question : exclusion de la preuve*

[65] En l'espèce, le mandat de perquisition n'autorisait pas la fouille des ordinateurs découverts dans la résidence. Par conséquent, la fouille de ces appareils n'était pas autorisée par la loi et violait le droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Je dois donc décider si les éléments de preuve recueillis par suite de cette fouille ont à juste titre été écartés au procès.

[66] La juge de première instance a admis la preuve tirée de l'ordinateur de sécurité, mais écarté celle découlant de la fouille de l'ordinateur personnel et du téléphone cellulaire. L'appelant demande le rétablissement de la décision de la juge de première instance, mais ne conteste pas la décision de cette dernière d'admettre la preuve provenant de l'ordinateur de sécurité. En conséquence, mon analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* se limite à la preuve résultant de la fouille de l'ordinateur personnel et du téléphone cellulaire.

[67] Bien que, en règle générale, le tribunal siégeant en révision doive faire montre de déférence envers la décision rendue par le juge de première instance en vertu du par. 24(2), j'estime ne pas pouvoir le faire en l'espèce. Dans *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, notre Cour a statué à la majorité que, « [l]orsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel » (par. 44). Toutefois, lorsque des facteurs pertinents ont été

at para. 82. In her decision to exclude evidence in this case, the trial judge relied heavily on her finding that the ITO contained no facts supporting a warrant to search for documents evidencing ownership or occupation of the residence. For the reasons I set out in relation to the first issue on appeal, I conclude that this finding was erroneous. I must therefore undertake my own s. 24(2) analysis, of course accepting all of the trial judge's findings which are not tainted by any error.

[68] Section 24(2) of the *Charter* requires that evidence obtained in a manner that infringes the rights of an accused under the *Charter* be excluded from the trial if it is established that “having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. The burden is on the party seeking exclusion to persuade the court that this is the case. In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, the Court established that

[w]hen faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. [para. 71]

[69] Turning to the first factor, I conclude that the *Charter*-infringing state conduct was not serious. Although the trial judge characterized the conduct as “egregious”, that conclusion is inextricably tied to her erroneous conclusion that the warrant did not authorize the search for documents relating to ownership and occupancy. When that finding is removed from the analysis, we are, in my view, left

négligés ou que le juge du procès a commis une erreur, une nouvelle analyse fondée sur le par. 24(2) s'impose : *Cole*, par. 82. La décision de la juge de première instance écartant des éléments de preuve en l'espèce repose considérablement sur sa conclusion que la Dénonciation ne faisait état d'aucun fait justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition en vue de chercher des documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants de la résidence. Pour les motifs que j'ai énoncés au sujet de la première question soulevée par le présent pourvoi, j'estime que cette conclusion était erronée. En conséquence, je dois effectuer ma propre analyse fondée sur le par. 24(2), en faisant miennes, bien sûr, toutes les conclusions de la juge de première instance qui ne sont pas viciées par une erreur.

[68] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* exige que les éléments de preuve obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* soient écartés du procès s'il est établi, « eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Il incombe à la partie qui sollicite l'exclusion des éléments de preuve de persuader le tribunal que c'est le cas. Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour a formulé l'analyse en ces termes :

Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. [par. 71]

[69] Pour ce qui est du premier facteur, je conclus que la conduite attentatoire de l'État n'était pas grave. Quoique la juge de première instance ait qualifié cette conduite d'[TRADUCTION] « indigne », cette conclusion est inextricablement liée à sa conclusion erronée selon laquelle le mandat n'autorisait pas la recherche de documents concernant l'identité des propriétaires et occupants.

with a search of a computer that was not expressly authorized by the search warrant but for which the police had reasonable grounds. It is also important, at this stage, to acknowledge that the ITO did refer to the intention of the officers to search for computer-generated documents and that the state of the law with respect to the search of a computer found inside premises was uncertain when police carried out their investigation. The Langley department had a policy of searching computers found on premises and there was no clear law prohibiting them from doing so. Indeed, the trial judge found that “the officers carried out the search in the belief that they were acting under the lawful authority of the warrant granted by the justice”: *voir dire* decision, at para. 77. This case should serve to clarify the law on this point and prevent this kind of confusion in the future.

[70] That said, there are two somewhat disquieting aspects of the search of the computer. First, Sgt. Wilde admitted in his testimony that he intentionally did not take notes during the search so he would not have to testify about the details. This is clearly improper and cannot be condoned. Although I do not decide here that they are a constitutional prerequisite, notes of how a search is conducted should, in my view, be kept, absent unusual or exigent circumstances. Notes are particularly desirable when searches of computers are involved because police may not be able to recall the details of how they proceeded with the search. Second, I share the trial judge’s concern that Sgt. Wilde obtained evidence by searching one of the seized computers after the detention order had expired. That search related to the security computer, however, and the evidence obtained as a result of that search is not in issue under s. 24(2), as I explained earlier.

Une fois cette constatation écartée de l’analyse, il ne reste, à mon avis, qu’une fouille d’ordinateur qui n’était pas expressément autorisée par le mandat de perquisition, mais que les policiers avaient des motifs raisonnables d’exécuter. Il importe également, à cette étape-ci, de reconnaître que la Dénonciation faisait effectivement mention de l’intention des policiers de rechercher des documents générés par ordinateur et que l’état du droit relativement à la fouille d’ordinateurs découverts dans un lieu était incertain au moment où les policiers ont effectué leur enquête. Le service de police de Langley disposait d’une politique sur la fouille des ordinateurs trouvés sur les lieux d’une perquisition, et aucune règle de droit n’empêchait explicitement les policiers de se livrer à de telles fouilles. D’ailleurs, la juge de première instance a conclu que « les agents ont effectué la fouille en croyant agir sous l’autorité légitime du mandat décerné par le juge de paix » : décision sur le voir-dire, par. 77. La présente affaire devrait permettre de clarifier le droit sur cette question et de prévenir ce genre de confusion à l’avenir.

[70] Cela dit, la fouille des ordinateurs en l’espèce présente toutefois deux aspects assez troublants. Premièrement, le sergent Wilde a admis dans son témoignage qu’il avait intentionnellement omis de prendre des notes durant cette fouille afin de ne pas avoir à témoigner sur les détails de celle-ci. Il s’agit là d’une conduite clairement répréhensible, qui ne saurait être tolérée. Bien que je ne décide pas, en l’espèce, que de telles notes sont requises sur le plan constitutionnel, les policiers devraient à mon avis prendre des notes sur la façon dont la fouille est effectuée, sauf en cas de situations pressantes ou inhabituelles. La prise de notes est particulièrement souhaitable lors de la fouille d’ordinateurs, étant donné que les policiers pourraient ne pas être en mesure de se rappeler en détail comment ils y ont procédé. Deuxièmement, tout comme la juge de première instance, je suis préoccupé par le fait que le sergent Wilde a obtenu des éléments de preuve en fouillant, après l’expiration de l’ordonnance de détention, l’un des ordinateurs qui avaient été saisis. Cette fouille visait toutefois l’ordinateur de sécurité, et la preuve ainsi recueillie n’est pas contestée en vertu du par. 24(2), comme je l’ai expliqué précédemment.

[71] Given the uncertainty in the law at the time and the otherwise reasonable manner in which the search was carried out, I conclude that the violation was not serious. The trial judge's opposite conclusion was clearly premised on her legal error respecting authorization to search for documents relating to ownership and occupation.

[72] I turn to the second stage of the inquiry. I accept the trial judge's finding that the privacy interests that are at stake in computer searches are of the highest order and that the search conducted here was "very intrusive and comprehensive": *voir dire* decision, at para. 83. At the same time, the record does not indicate that the police gained access to any more information than was appropriate, given the fairly modest objectives of the search as defined by the terms of the warrant. As the trial judge pointed out, the computers in this case were not forensically examined as they were in *Morelli*. On balance, this factor favours exclusion, but not strongly so.

[73] The third stage of the s. 24(2) inquiry requires the Court to consider society's interest in the adjudication of the case on its merits. The relevant question here is whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion: *Grant*, at para. 79. The factors to be considered are the reliability of the evidence, the importance of the evidence to the Crown's case, and the seriousness of the offence, although this consideration has the potential to cut both ways: *Grant*, at paras. 81 and 83-84. The trial judge found that all the documents and photographs retrieved from the hard drives of the computers and the cellular telephone are reliable, real evidence. She also found that the evidence was required to establish knowledge of and control over the marijuana found growing in the basement of the residence. When the case was heard, the absence of this evidence substantially weakened the Crown's

[71] Comme le droit applicable était incertain au moment des faits pertinents et vu la manière par ailleurs non abusive dont la fouille a été effectuée, je conclus que la violation n'était pas grave. La conclusion contraire de la juge de première instance découlait manifestement de son erreur de droit concernant l'autorisation de rechercher des documents se rapportant à l'identité des propriétaires et occupants.

[72] Je passe maintenant à la deuxième étape de l'analyse. J'accepte la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les intérêts en matière de vie privée que met en jeu la fouille d'un ordinateur sont extrêmement importants et que la fouille effectuée dans la présente affaire était [TRADUCTION] « très large et envahissante » : décision sur le voir-dire, par. 83. Par ailleurs, le dossier n'indique toutefois pas que les policiers ont eu accès à plus d'informations que ce qui était opportun, eu égard aux objectifs assez modestes de la fouille décrits dans le mandat. Comme l'a souligné la juge de première instance, en l'espèce les ordinateurs n'ont pas été fouillés par des experts comme l'avaient été ceux en cause dans l'affaire *Morelli*. Globalement, le présent facteur milite en faveur de l'exclusion, mais pas de façon déterminante.

[73] À la troisième étape de l'analyse fondée sur le par. 24(2), la Cour doit considérer l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. La question pertinente en l'espèce consiste à se demander si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel serait mieux servie si on permettait l'utilisation de la preuve que si on l'écartait : *Grant*, par. 79. Les facteurs à prendre en compte sont la fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour le ministère public et la gravité de l'infraction, quoique ce dernier facteur puisse jouer dans les deux sens : *Grant*, par. 81 et 83-84. La juge de première instance a conclu que l'ensemble des documents et des photos extraits des lecteurs de disque dur des ordinateurs et du téléphone cellulaire constituent des preuves matérielles fiables. Elle a également conclu que cette preuve était nécessaire pour établir la connaissance de l'existence de la marijuana cultivée dans le sous-sol de la résidence et le contrôle exercé sur celle-ci. Lorsque l'affaire

case. Finally, with respect to the third factor, I agree with the trial judge that there is a clear societal interest in adjudicating on their merits charges of production and possession of marijuana for the purpose of trafficking.

[74] Balancing these factors, I am of the view that the evidence should not be excluded. The police believed on reasonable grounds that the search of the computer was authorized by the warrant. While every search of a personal or home computer is a significant invasion of privacy, the search here did not step outside the purposes for which the warrant had been issued and it did not include forensic examination. The evidence obtained was reliable, real evidence which was important to the adjudication of the charges on their merits.

IV. Disposition

[75] I would dismiss the appeal and uphold the order of the Court of Appeal setting aside the acquittals entered after trial and directing a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Cobb St. Pierre Lewis, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

a été instruite, l'absence de ces éléments a considérablement affaibli la preuve du ministère public. Enfin, pour ce qui est du troisième facteur, tout comme la juge de première instance j'estime qu'il est manifestement dans l'intérêt de la société que des accusations de production et de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic soient jugées au fond.

[74] Après avoir soupesé ces différents facteurs, je suis d'avis que les éléments de preuve ne doivent pas être écartés. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire que la fouille des ordinateurs était autorisée par le mandat. Bien que toute fouille d'un ordinateur personnel constitue une atteinte importante à la vie privée, la fouille effectuée en l'espèce n'a pas débordé les objectifs pour lesquels le mandat avait été décerné et elle n'a pas donné lieu à une analyse criminalistique. Les éléments recueillis étaient des preuves matérielles fiables, qui étaient importantes pour permettre au tribunal de juger les accusations au fond.

IV. Dispositif

[75] Je rejetterais le pourvoi et je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel annulant les acquittements inscrits à l'issue du procès et ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Cobb St. Pierre Lewis, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Neuberger Rose, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Neuberger Rose, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Rosen Naster, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Rosen Naster, Toronto.

Leighton Hay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. Hay****2013 SCC 61**

File No.: 33536.

2013: April 23; 2013: November 8.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Eyewitness evidence — Whether trial judge instructed jury that it could convict accused based on eyewitness evidence alone — If so, whether such an instruction would constitute an error.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Hair clipping evidence relied upon by Crown to explain accused's appearance at time of arrest as well as after-the-fact change of appearance — New forensic evidence reports and testimony to the effect that most hair clippings did not originate from scalp — Whether accused's motion to adduce fresh evidence should be granted.

In the early morning of July 6, 2002, two men, one wearing a blue/green shirt, shot and killed C.M. in a Toronto nightclub. E was seen leaving the club in a car registered to the appellant H's mother, with whom H lived. Multiple witnesses were able to confidently identify E as the shooter. Given H's connection to the residence and a database lookup that revealed he had a prior firearm conviction, the police considered him a suspect as well. L.M., who witnessed the shooting, was shown a lineup which included one photo of H that was taken roughly two years earlier. When asked about the identity of the shooter in the blue/green shirt, she selected H's photo. Three weeks after the shooting, L.M. participated in a second photo lineup which contained the photo of H taken on the day of his arrest. L.M. did not select any photo from this sequence. E and H were subsequently

Leighton Hay *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. Hay****2013 CSC 61**

N° du greffe : 33536.

2013 : 23 avril; 2013 : 8 novembre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Déposition d'un témoin oculaire — Le juge du procès a-t-il donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur le seul fondement de la déposition d'un témoin oculaire? — Dans l'affirmative, pareille directive était-elle erronée?

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Bouts de poils mis en preuve par le ministère public pour expliquer l'apparence de l'accusé au moment de son arrestation et la modification de son apparence après le fait — Nouveaux rapports et témoignages d'experts en criminalistique indiquant que la plupart des bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu — Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de l'accusé en production de nouveaux éléments de preuve?

Tôt le matin du 6 juillet 2002, deux hommes, dont un portait une chemise de couleur bleue/verte, ont fait feu sur C.M. dans une boîte de nuit de Toronto, et l'ont tué. E a été vu quittant les lieux dans une voiture immatriculée au nom de la mère de l'appelant H, qui vivait avec elle. Un bon nombre de témoins ont pu identifier avec assurance E au tireur. Étant donné les liens existant entre H et la résidence, et ses antécédents criminels en matière d'armes à feu, révélés par l'interrogation de bases de données, la police le considérait lui aussi comme un suspect. Une série de photos comprenant une photo de H prise environ deux ans auparavant a été montrée à L.M., qui avait été témoin de la fusillade. Quand on a demandé à L.M. d'identifier le tireur à la chemise bleue/verte, elle a désigné la photo de H. Trois semaines après la fusillade, L.M. a participé à une deuxième séance d'identification photographique. La série de photos

charged with the first degree murder of C.M. and the attempted murder of his brother.

The Crown's case against H consisted of testimony from L.M. and four pieces of physical evidence: bullets found in a sock in a laundry hamper in H's bedroom; a white T-shirt in the same hamper with one granule of gunshot residue on it; hair clippings from a newspaper in the garbage of the bathroom nearest to H's bedroom; and hair clippings in an electric razor found in H's nightstand. The Crown's theory was that H shaved his head upon returning home from the shooting. This was necessary to explain the discrepancy between the eyewitness testimony, which indicated that the second shooter had dreadlocks that were two inches or longer, and the length of H's hair when he was arrested, which was very short. It was also used to explain why L.M. was not able to identify H based on the arrest photo shown to her three weeks after the shooting. The Crown also suggested that the haircut represented an after-the-fact attempt by H to change his appearance to cover up his involvement in the shooting. The jury found E and H guilty of first degree murder of C.M. and attempted murder of his brother. In the Court of Appeal, H challenged his conviction on the bases that the jury's verdict was unreasonable and that the trial judge erred in instructing the jury on eyewitness identification. The court found that the trial judge did not instruct the jury that it could convict on L.M.'s testimony alone and held that the jury's verdict was not unreasonable because, despite weaknesses in L.M.'s eyewitness testimony, there was other confirmatory evidence presented to the jury.

While the application for leave to appeal was pending before this Court, H filed a motion to compel the Crown to release hair clipping evidence for forensic testing. H sought to forensically examine the hair clippings to determine from what part of the body the clippings came. This Court allowed the motion. H subsequently filed a motion to adduce the reports and testimony of experts who conducted the forensic examination.

comprenait une photo de H prise le jour de son arrestation, mais L.M. n'a désigné aucune de ces photos. E et H ont par la suite été accusés du meurtre au premier degré de C.M. et de tentative de meurtre à l'endroit du frère de C.M.

La preuve à charge du ministère public à l'encontre de H était constituée du témoignage de L.M. et de quatre éléments de preuve matérielle : des balles trouvées dans une chaussette retirée d'un panier à linge dans la chambre de H; un tee-shirt blanc provenant du même panier à linge et sur lequel il y avait une granule de résidu de poudre; des bouts de poils trouvés dans un journal jeté dans la poubelle de la salle de bain la plus près de la chambre de H; et des bouts de poils provenant d'un rasoir électrique trouvé dans la table de nuit de H. Selon la thèse du ministère public, H s'était rasé la tête à son retour à la maison après la fusillade. Il fallait expliquer ainsi pourquoi la longueur des cheveux de H lors de son arrestation — il avait les cheveux très courts — ne correspondait pas à la longueur décrite par le témoin oculaire, selon lequel le second tireur portait des tresses rastas longues d'au moins deux pouces. Cette thèse devait aussi expliquer pourquoi, trois semaines après la fusillade, L.M. n'avait pas pu identifier H à partir de la photo prise lors son arrestation. Le ministère public a également soutenu qu'en se coupant les cheveux, H avait tenté, après le fait, de modifier son apparence pour dissimuler son implication dans la fusillade. Le jury a déclaré E et H coupables du meurtre au premier degré de C.M. et de tentative de meurtre à l'endroit du frère de ce dernier. En Cour d'appel, H a contesté sa déclaration de culpabilité aux motifs que le verdict du jury était déraisonnable et que le juge du procès avait adressé au jury des directives erronées concernant l'identification par témoin oculaire. La Cour d'appel a estimé que le juge du procès n'avait pas indiqué au jury qu'il pouvait déclarer H coupable en se fondant sur le seul témoignage de L.M. et a conclu que, malgré des faiblesses relevées dans la déposition de L.M., le témoin oculaire, le verdict du jury n'était pas déraisonnable parce que d'autres éléments corroborants avaient été présentés au jury.

Pendant que la demande d'autorisation d'appel devant notre Cour suivait son cours, H a demandé par requête que le ministère public soit tenu de produire, à des fins d'analyse criminalistique, des bouts de poils déposés en preuve lors du procès. L'analyse sollicitée visait à déterminer de quelle partie du corps provenaient ces éléments de preuve. Notre Cour a accueilli la requête. Par la suite, H a déposé une requête pour présentation des rapports et témoignages des experts ayant procédé à l'analyse criminalistique.

Held: The appeal should be allowed, the motion to adduce fresh evidence should be granted and the matter should be remanded for retrial.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell and Wagner JJ.: It would have been an error to instruct the jury that it could convict H based on L.M.'s testimony alone. Where the Crown relies on an eyewitness identification, the trial judge has a duty to caution the jury regarding the well-recognized frailties of identification evidence. However, a properly instructed jury may conclude, notwithstanding the frailties of eyewitness identification, that the eyewitness' testimony is reliable and may enter a conviction on those grounds. This may be so even where the Crown has relied on only a single eyewitness. However, where the Crown's case consists solely of eyewitness testimony that would necessarily leave reasonable doubt in the mind of a reasonable juror, the trial judge must direct an acquittal upon a motion for directed verdict. L.M.'s testimony, in and of itself, would not have permitted a reasonable juror to conclude without reasonable doubt that H was one of the shooters and therefore, it would have been an error for the trial judge to instruct the jury that it could convict H based solely on L.M.'s evidence. While L.M.'s testimony on its own could not have supported an inference of guilt beyond a reasonable doubt, the trial judge's instruction, read as a whole, did not instruct the jury that it could convict H based solely on her testimony. Rather, in reviewing L.M.'s testimony, the trial judge described each of the specific problems with her identification and instructed the jury that it must look to confirmatory evidence. The trial judge was not circumscribed to instruct the jury as to the sufficiency of L.M.'s testimony using any particular words and he must be afforded some latitude in determining the best way to convey to the jury the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial. The trial judge put great care into his jury charge and, in particular, into the instructions as to eyewitness evidence. L.M.'s testimony in conjunction with the confirmatory evidence was sufficient to support the conclusion that H was guilty beyond a reasonable doubt and, thus, there was no error in the jury charge.

The motion to adduce fresh evidence should be granted and a new trial should be ordered. H's fresh

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, il est fait droit à la requête en production de nouveaux éléments de preuve et l'affaire est renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell et Wagner : Le fait d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer H coupable sur le seul fondement du témoignage de L.M. aurait constitué une erreur. Lorsque le ministère public a recours à l'identification par témoin oculaire, le juge du procès a l'obligation de mettre le jury en garde au sujet des faiblesses reconnues de la preuve d'identification. Toutefois, un jury ayant reçu les directives appropriées peut, en dépit des faiblesses de l'identification par témoin oculaire, conclure à la fiabilité de la déposition du témoin oculaire et rendre un verdict de culpabilité sur ce fondement, et ce, même si le ministère public n'a cité qu'un seul témoin oculaire. Cependant, si la preuve du ministère public consiste uniquement en la déposition d'un témoin oculaire qui soulèverait nécessairement un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable, le juge du procès saisi d'une demande de verdict imposé doit ordonner un acquittement. Le témoignage de L.M. n'aurait pas, en lui-même, permis à un juré raisonnable de conclure hors de tout doute raisonnable que H était l'un des tireurs et, par conséquent, le juge du procès aurait commis une erreur s'il avait donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer H coupable sur la seule foi du témoignage de L.M. La déposition de L.M. ne pouvait, à elle seule, étayer une inférence de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Toutefois, les directives du juge, considérées dans leur ensemble, n'indiquaient pas au jury qu'il pouvait déclarer H coupable sur le seul fondement de ce témoignage. En passant en revue le témoignage de L.M., le juge a plutôt décrit chacun des problèmes particuliers que posait l'identification qu'elle avait faite et il a donné comme directive au jury qu'il devait rechercher des éléments de preuve corroborants. Le juge du procès n'était pas obligé de s'en tenir à des termes précis dans ses directives concernant la suffisance du témoignage de L.M. Il faut lui laisser une certaine latitude dans le choix de la meilleure façon d'expliquer aux jurés les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès. Le juge du procès a apporté beaucoup de soin à son exposé au jury et, plus particulièrement, aux directives concernant la preuve par témoin oculaire. Jumelé à la preuve corroborante, le témoignage de L.M. était suffisant pour fonder une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et, par conséquent, l'exposé au jury n'était entaché d'aucune erreur.

Il y a lieu d'accueillir la requête en production de nouveaux éléments de preuve et d'ordonner la tenue

evidence consists of affidavits and cross-examinations of two forensic experts, in which each expert provides an opinion as to the percentage of hairs in the newspaper and the razor that came from H's scalp, as opposed to his face or trunk. The experts agreed that the samples taken were predominantly facial hairs. The Crown's experts conducted a paper review and testified that there was no evidence to support the proposition that the hair clippings represented a head shave. The overriding consideration upon a motion to adduce fresh evidence is "in the interests of justice" and this requires consideration of the principles enunciated in *Palmer v. The Queen*. The Crown has conceded that the expert evidence H seeks to adduce is credible. Mere lack of knowledge on the part of H's trial counsel without any indication that he inquired into the possibility of obtaining and presenting the evidence is a factor against admitting the evidence for the first time on appeal. However, in view of the fact that this is a criminal case, involving charges of the most serious nature, the evidence should not be excluded solely on the basis of a lack of diligence. It cannot reasonably be disputed that H's fresh evidence bears on a decisive issue. The evidence of hair clippings was used to explain the discrepancy between the eyewitness description of the shooter and H's actual appearance at the time of arrest. This was also how the Crown explained L.M.'s inability to identify H based on his arrest photo. The hair clippings were also adduced as evidence that H had attempted an after-the-fact change of his appearance. The evidence was directly relevant to whether H was in fact the shooter in the blue/green shirt. The fresh evidence that H seeks to adduce could reasonably be expected to have affected the jury's verdict. The Crown relied heavily on the haircut evidence at trial. The significance of the hair clippings was also reflected in the jury charge. The Court of Appeal too recognized that the hair clipping evidence was significant to the Crown's case and noted that the hair clippings allowed for a powerful inference of guilt. Given the significance of the haircut to the Crown's case, the fresh evidence could reasonably be expected to have affected the result. For these reasons, H's motion to adduce fresh evidence should be granted. The appropriate remedy here is a new trial.

d'un nouveau procès. Ces nouveaux éléments de preuve apportés par H se composent des affidavits et des contre-interrogatoires de deux experts en criminalistique exposant leurs avis respectifs concernant le pourcentage de cheveux de H trouvés dans le journal et le rasoir par rapport au pourcentage de poils provenant de son visage ou de son tronc. Les experts s'entendaient pour dire que les échantillons provenaient principalement de poils faciaux. Les experts du ministère public ont analysé les rapports et témoigné qu'aucune preuve ne permettait d'affirmer qu'il s'agissait de cheveux. L'élément prépondérant dans l'examen d'une requête en production de nouveaux éléments de preuve est « l'intérêt de la justice » et il importe à cet égard d'examiner les principes énoncés dans *Palmer c. La Reine*. Le ministère public a reconnu la plausibilité de l'expertise que H cherche à présenter. La seule ignorance de la part de l'avocat de H au procès, sans indication qu'il se soit informé de la possibilité d'obtenir et de produire l'élément de preuve, constitue un facteur jouant contre l'admission de l'élément en preuve pour la première fois en appel. Toutefois, comme il s'agit d'une affaire criminelle portant sur des accusations extrêmement graves, il n'y a pas lieu d'exclure la preuve sur le seul fondement du manque de diligence. On ne peut raisonnablement contester que le nouvel élément de preuve que veut produire H porte sur une question décisive. Les bouts de poils mis en preuve ont servi à expliquer pourquoi la description du tireur donnée par le témoin oculaire ne correspondait pas à l'apparence de H au moment de son arrestation. Ils ont aussi servi à expliquer pourquoi, selon le ministère public, L.M. avait été incapable d'identifier H à partir de la photo prise le jour de son arrestation. Les bouts de poils avaient également été mis en preuve pour démontrer que H avait tenté, après le fait, de modifier son apparence. La preuve se rapporte directement à la question de savoir si H était bien le tireur à la chemise bleue/verte. On peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve que H cherche à faire admettre auraient influé sur le verdict du jury. Au procès, le ministère public s'est fortement appuyé sur la preuve relative à la coupe de cheveux. L'exposé du juge au jury révèle lui aussi l'importance des bouts de poils. La Cour d'appel a elle aussi reconnu l'importance de la preuve relative aux bouts de poils pour la thèse du ministère public et a fait remarquer que les bouts de poils permettaient de tirer une inférence solide de culpabilité. Compte tenu de l'importance de la question de la coupe de cheveux pour le ministère public, on peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve auraient influé sur le résultat. Pour ces motifs, il y a lieu d'accueillir la requête de H en production de nouveaux éléments de preuve. La tenue d'un nouveau procès constitue la réparation appropriée en l'espèce.

Per Fish J.: There is agreement that the appellant's motion to adduce fresh evidence should be granted, that the appeal should be allowed and that a new trial should be ordered. However, the trial judge made a fatal error by instructing the jury that it could convict the appellant on the evidence of L.M. alone.

Crown counsel asked the judge to instruct the jury that they could convict the appellant on the evidence of one eyewitness alone. Counsel made clear that he was referring specifically to the testimony of L.M. In his closing address, Crown counsel proceeded on the understanding that the trial judge would charge the jury to that effect. At no point in his charge did the trial judge correct these assertions by the Crown. Pursuant to the Crown's closing argument, the jury would thus have assumed that it was entitled to convict the appellant based solely on L.M.'s eyewitness identification. This misapprehension of the law was reinforced by the trial judge in his instructions to the jury. Although the trial judge urged caution, he informed the jury in unmistakable terms that the testimony of one eyewitness could properly ground a conviction. The jury would therefore have understood that this rule applied unless instructed otherwise for a particular witness. No such instruction was ever given. On the contrary, the trial judge explained that identification evidence is stronger if the accused was previously known to the witness. This was indisputably a direct reference to L.M.'s evidence implicating the appellant. The trial judge's subsequent instructions regarding L.M.'s evidence further reinforced Crown counsel's uncorrected statement to the jury that they could convict the appellant on her photo identification alone. It is not possible in light of this record to conclude that the trial judge did not instruct the jury that it could convict the appellant on the evidence of L.M. alone.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **referred to:** *R. v. Hay*, 2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206; *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Turnbull*, [1976] 3

Le juge Fish : On s'entend pour dire qu'il y a lieu de faire droit à la requête de l'appellant en production de nouveaux éléments de preuve, d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le juge du procès a toutefois commis une erreur fatale en disant au jury qu'il pouvait déclarer l'appellant coupable sur la foi du seul témoignage de L.M.

L'avocat du ministère public a demandé au juge d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer l'appellant coupable sur la base de la déposition d'un seul témoin oculaire. L'avocat a clairement indiqué qu'il parlait précisément du témoignage de L.M. Dans sa plaidoirie finale, l'avocat du ministère public s'est exprimé conformément à l'entente suivant laquelle le juge du procès donnerait au jury des directives en ce sens. Le juge du procès n'a jamais corrigé dans son exposé ces affirmations du ministère public. Aux termes de la plaidoirie finale du ministère public, le jury aurait ainsi tenu pour acquis qu'il était habilité à déclarer l'appellant coupable en se fondant uniquement sur l'identification faite par L.M., le témoin oculaire. Le juge du procès a renforcé cette conception erronée du droit dans ses directives adressées au jury. Bien que le juge du procès ait exhorté le jury à la prudence, il lui a fait savoir sans équivoque que la déposition d'un seul témoin oculaire pouvait fonder une déclaration de culpabilité. Le jury aurait donc compris que cette règle s'appliquait à moins que le juge lui ait donné une directive contraire à l'égard d'un témoin en particulier. Aucune directive de la sorte ne lui a été donnée. Au contraire, le juge du procès a expliqué que la preuve d'identification est plus solide si le témoin connaissait déjà l'accusé. À n'en pas douter, il renvoyait ainsi directement au témoignage de L.M. impliquant l'appellant. Les directives subséquentes du juge du procès relatives au témoignage de L.M. ont donné encore plus de poids à la déclaration non corrigée faite par l'avocat du ministère public aux jurés, selon laquelle ils pouvaient déclarer l'appellant coupable sur le seul fondement de son identification par L.M. à partir d'une photo. Il est impossible de conclure, à la lumière du dossier en l'espèce, que le juge du procès n'a pas expliqué au jury qu'il pouvait déclarer l'appellant coupable sur la foi du seul témoignage de L.M.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt appliqué : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hay*, 2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206; *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c.*

All E.R. 549; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Canning*, [1986] 1 S.C.R. 991; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828; *R. v. Reitsma*, [1998] 1 S.C.R. 769, rev'g (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. v. Zurowski*, 2004 SCC 72, [2004] 3 S.C.R. 509; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Avetyan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 683.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Blair and MacFarland JJ.A.), 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24, [2009] O.J. No. 1904 (QL), 2009 CarswellOnt 2518, affirming the accused's convictions for first degree murder and attempted murder entered by McCombs J. Appeal allowed.

James Lockyer, Philip Campbell and Joanne McLean, for the appellant.

Susan L. Reid, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell and Wagner JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Leighton Hay was convicted of first degree murder and attempted murder for a shooting that took place in a Toronto nightclub. He appeals his conviction on two grounds. First, he argues that the trial judge erred by instructing the jury that he could be convicted based solely on the testimony of the one eyewitness who implicated him at trial. Second, he has filed a motion in this Court to adduce fresh

Turnbull, [1976] 3 All E.R. 549; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Canning*, [1986] 1 R.C.S. 991; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *R. c. Reitsma*, [1998] 1 R.C.S. 769, inf. (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. c. Zurowski*, 2004 CSC 72, [2004] 3 R.C.S. 509; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Avetyan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 610.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Blair et MacFarland), 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24, [2009] O.J. No. 1904 (QL), 2009 CarswellOnt 2518, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé de meurtre au premier degré et tentative de meurtre inscrites par le juge McCombs. Pourvoi accueilli.

James Lockyer, Philip Campbell et Joanne McLean, pour l'appelant.

Susan L. Reid, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Leighton Hay a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre à la suite d'une fusillade survenue dans une boîte de nuit de Toronto. Il se pourvoit devant nous contre sa déclaration de culpabilité en invoquant deux moyens. Premièrement, il soutient que le juge du procès a donné une directive erronée au jury en lui disant qu'il pouvait rendre un verdict de

evidence, which, he says, warrants acquittal or a new trial.

[2] I agree with the Court of Appeal that the trial judge did not err in instructing the jury. The eyewitness testimony against Mr. Hay on its own could not have supported an inference of guilt beyond a reasonable doubt; however, the trial judge's instruction, read as a whole, did not instruct the jury that it could convict Mr. Hay based solely on her testimony.

[3] However, Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence should be granted. He has asked this Court to consider evidence from two experts who have forensically examined hair clipping exhibits that the Crown relied on at trial to establish that Mr. Hay shaved his head after the shooting. The evidence was used to explain the discrepancy between the eyewitness description of the shooter and Mr. Hay's actual appearance at the time of arrest. It was also adduced as evidence that Mr. Hay had attempted an after-the-fact change of his appearance. The fresh evidence indicates that the hair clippings did not originate from Mr. Hay's scalp. In my view, Mr. Hay has satisfied the standard for adducing fresh evidence articulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, and the appropriate remedy is a new trial.

II. Factual Background

[4] In the early morning of July 6, 2002, two men shot and killed Collin Moore in a Toronto nightclub. The men also shot at Collin's brother, Roger Moore, who escaped with a graze to his forehead.

[5] The evidence at trial established that Collin was hosting a monthly fundraising event at the nightclub. Sometime after midnight, three or four

culpabilité sur la seule foi de la déposition de l'unique témoin oculaire l'ayant impliqué lors du procès. Deuxièmement, il a demandé à la Cour l'autorisation de produire un nouvel élément de preuve qui, selon lui, justifie son acquittement ou la tenue d'un nouveau procès.

[2] Je conviens avec la Cour d'appel que les directives que le juge du procès a adressées au jury n'étaient pas entachées d'erreur. La déposition du témoin oculaire impliquant M. Hay ne pouvait, à elle seule, étayer une inférence de culpabilité hors de tout doute raisonnable; toutefois, les directives du juge, considérées dans leur ensemble, n'indiquaient pas au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement de ce témoignage.

[3] Il y a lieu, cependant, d'autoriser M. Hay à produire un nouvel élément de preuve. Celui-ci a demandé à la Cour d'examiner la preuve apportée par deux experts ayant effectué une analyse criminalistique de bouts de poils que le ministère public avait mis en preuve pour établir que M. Hay s'était rasé la tête après la fusillade. Cette preuve avait servi à expliquer pourquoi la description du tireur donnée par le témoin oculaire ne correspondait pas à l'apparence de M. Hay au moment de son arrestation, et à démontrer que celui-ci avait tenté, après le fait, de modifier son apparence. Or, les nouveaux éléments de preuve indiquent que les bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu de M. Hay. Je suis d'avis que M. Hay s'est conformé à la norme énoncée dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, en matière de production d'une nouvelle preuve et que la tenue d'un nouveau procès constitue la réparation appropriée.

II. Contexte factuel

[4] Tôt le matin du 6 juillet 2002, deux hommes ont fait feu sur Collin Moore dans une boîte de nuit de Toronto et l'ont tué. Ils ont également tiré sur son frère, Roger Moore, qui s'en est cependant sorti avec une égratignure au front.

[5] Il a été établi au procès que Collin animait une soirée-bénéfice mensuelle dans la boîte de nuit. Peu après minuit, trois ou quatre hommes sont

men arrived at the club and refused to pay the entry fee. Two of the intruders were Gary Eunick, who was seen wearing an orange vest, and his brother, both of whom were known by multiple witnesses at the club. The intruders pushed their way into the lobby of the club. When Collin and Roger intervened, a fight broke out in which beer bottles were broken and the glass door of the club was smashed.

[6] Following the fight in the lobby, Collin and Roger retreated to the nightclub's kitchen. The intruders exited the club, at which point Mr. Eunick was seen fidgeting with a gun in the parking lot. Minutes later, he and two of the other intruders, one wearing a blue/green shirt, returned to the nightclub. Mr. Eunick was armed with a semi-automatic handgun and the man in the blue/green shirt carried a long barrel revolver. Mr. Eunick and the man in the blue/green shirt entered the kitchen, where they shot Collin eight times, killing him. They also shot at Roger, who was grazed by a bullet and only slightly wounded.

[7] The owner of the nightclub saw Mr. Eunick leaving the club in a green Honda and recorded the licence plate number. The car was registered to Lydia Hay, who resided at 6927 Chigwel Court, with her daughter Lisa Hay, who was Gary Eunick's girlfriend, and her son Leighton Hay, the appellant. The police arrived at the Chigwel residence within approximately half an hour of the shooting, where they found the green Honda in the driveway. They surveilled the residence for approximately the next 10 hours.

[8] While the police were surveilling the home, several witnesses from the nightclub were shown photo lineups at the police station. Multiple witnesses were able to confidently identify Gary Eunick as the shooter in an orange vest with the semi-automatic gun. Given Mr. Hay's connection to the Chigwel residence and a database lookup that revealed he had a prior firearm conviction, the police considered him a suspect. Leisa Maillard, an

arrivés à l'établissement et ont refusé de payer le coût d'entrée. De multiples témoins présents connaissaient deux d'entre eux, soit Gary Eunick qui, d'après les témoignages, portait une veste orange, et son frère. Les intrus ont forcé leur chemin dans le vestibule. Lorsque Collin et Roger sont intervenus, une bagarre a éclaté, des bouteilles de bière ont été fracassées et la porte vitrée de la boîte de nuit a volé en éclats.

[6] Après la bagarre dans le vestibule, Collin et Roger ont retraité à la cuisine. Les intrus sont sortis de la boîte de nuit, et M. Eunick a alors été vu en train de manier une arme à feu dans le stationnement. Quelques minutes plus tard, il est revenu dans l'établissement, accompagné de deux des autres intrus, dont un qui portait une chemise de couleur bleue/verte. M. Eunick tenait une arme de poing semi-automatique et l'homme à la chemise bleue/verte tenait un revolver à canon long. M. Eunick et l'homme à la chemise bleue/verte sont allés à la cuisine et ont fait feu à huit reprises sur Collin, le tuant. Ils ont également tiré sur Roger, qui a été effleuré par un projectile et n'a subi qu'une blessure superficielle.

[7] Le propriétaire de la boîte de nuit a vu M. Eunick quitter les lieux dans une voiture de marque Honda, de couleur verte, et a noté le numéro de la plaque. La voiture était immatriculée au nom de Lydia Hay, qui résidait au 6927 Chigwel Court, avec sa fille, Lisa Hay — la petite amie de Gary Eunick — et son fils, Leighton Hay, l'appelant. Les policiers sont arrivés à la résidence de Chigwel Court environ une demi-heure après la fusillade et ont noté la présence de la voiture Honda verte garée dans l'entrée. Ils ont alors surveillé la résidence pendant une dizaine d'heures.

[8] Entre-temps, au poste de police, avaient lieu des séances d'identification photographique auxquelles avaient été convoqués plusieurs témoins de l'incident à la boîte de nuit. Un bon nombre d'entre eux ont d'ailleurs pu identifier avec assurance Gary Eunick au tireur à la veste orange et à l'arme semi-automatique. Étant donné les liens existant entre M. Hay et la résidence de Chigwel Court et ses antécédents criminels en matière d'armes à feu, révélés

acquaintance of Collin Moore who was in the kitchen at the time the intruders entered to shoot him, was shown a lineup containing a photo of Mr. Hay. When asked about the identity of the shooter in the blue/green shirt, she selected Mr. Hay's photo. The details of that selection are discussed in more detail later.

[9] Neither party proffered evidence as to whether Mr. Hay's photo was included in the lineups shown to witnesses other than Ms. Maillard.

[10] At approximately noon, following the shooting, Lisa Hay, Mr. Hay's sister, emerged from the Chigwel residence and appeared as though she was prepared to clean the green Honda. At this point, the police moved in, secured the residence, and arrested Gary Eunick and Leighton Hay. The men were subsequently charged with the first degree murder of Collin Moore and the attempted murder of Roger Moore.

III. Procedural History

A. *Trial Proceedings*

[11] Mr. Eunick and Mr. Hay were tried together on both counts. The Crown's theory at trial was that Mr. Eunick and Mr. Hay were the two men who entered the kitchen and shot at the Moore brothers.

[12] The identity of Mr. Eunick as one of the shooters was never in serious doubt. Mr. Eunick was identified by multiple witnesses at the nightclub, including Collin Moore's wife, who knew him, and the club owner, who named him during his initial 911 call that night. The physical evidence connecting Mr. Eunick to the shooting was also overwhelming. The Crown introduced evidence of a palm print and blood found on the front door of the nightclub that matched Mr. Eunick. It also introduced evidence of several items found scattered around the Chigwel residence that implicated Mr. Eunick,

par l'interrogation de bases de données, la police le considérait comme un suspect. Une série de photos comprenant celle de M. Hay a donc été montrée à Leisa Maillard, une connaissance de Collin Moore qui se trouvait dans la cuisine lorsque les intrus y sont entrés et ont tiré sur lui. Quand on a demandé à M^{me} Maillard d'identifier le tireur à la chemise bleue/verte, elle a désigné la photo de M. Hay. Nous reviendrons plus loin sur cette identification de façon plus détaillée.

[9] Aucune des parties n'a présenté de preuve établissant si la photo de M. Hay figurait parmi les photos présentées à d'autres témoins que M^{me} Maillard.

[10] Après la fusillade, vers midi, Lisa Hay, sœur de M. Hay, est sortie de la résidence de Chigwel Court et semblait s'apprêter à laver la voiture Honda verte. La police est alors intervenue, a sécurisé la résidence et a arrêté Gary Eunick et Leighton Hay, lesquels ont par la suite été accusés du meurtre au premier degré de Collin Moore et de tentative de meurtre à l'endroit de Roger Moore.

III. Historique judiciaire

A. *Le procès*

[11] MM. Eunick et Hay ont été jugés ensemble relativement aux deux chefs d'accusation. Selon la thèse du ministère public exposée au procès, il s'agissait des deux hommes qui étaient entrés dans la cuisine et avaient fait feu sur les frères Moore.

[12] L'identification de M. Eunick avec l'un des tireurs n'a jamais été sérieusement mise en doute. En effet, il a été identifié par de nombreux témoins présents à la boîte de nuit, dont l'épouse de Collin Moore, qui connaissait M. Eunick, ainsi que par le propriétaire de l'établissement, qui l'avait nommé dans l'appel initial au service 911. En outre, la preuve matérielle reliant M. Eunick à la fusillade était accablante. Le ministère public a mis en preuve une empreinte de paume et un échantillon de sang prélevés sur la porte d'entrée de la boîte de nuit et correspondant à l'empreinte et au sang

including: a shopping bag recovered from the back of the house containing the orange vest he wore at the club, which had Mr. Eunick's blood and gunshot granules on it; a backpack containing a white T-shirt and blue jeans, which had Mr. Eunick's blood and gunshot residue on them; shoes in Lisa Hay's closet, which had glass shards in the treads from the broken door at the club; bullets found in a sock in a hamper at the entrance to Mr. Hay's bedroom, one of which may have been cycled through (i.e. was at some point loaded in the chamber of the semi-automatic handgun fired by Mr. Eunick); and Mr. Eunick's blood in the front passenger area of the Honda Civic.

[13] The Crown's theory was that Mr. Hay was the second shooter — the man with the long barrel revolver wearing a blue/green shirt. Mr. Hay's defence was that he never went to the club with Mr. Eunick that night and was instead at home sleeping during the relevant period.

[14] The Crown's case against Mr. Hay consisted of testimony from Ms. Maillard and four pieces of physical evidence: (1) the aforementioned bullets in a sock, which were found in a laundry hamper at the entrance of Mr. Hay's bedroom; (2) a white T-shirt, which contained a particle of gunshot residue, found in the same hamper; (3) hair clippings found in a newspaper in the bathroom garbage; and (4) hair clippings found in an electric razor in Mr. Hay's nightstand. An understanding of the relevance of each piece of evidence and the overall strength of the Crown's case is necessary to evaluate Mr. Hay's arguments on appeal.

de M. Eunick. Il a également présenté en preuve divers articles recueillis à la résidence de Chigwel Court et impliquant M. Eunick, notamment un sac à provisions récupéré à l'arrière de la maison et contenant la veste orange qu'il portait dans la boîte de nuit, maculée de son sang et de granules de poudre; un sac à dos dans lequel se trouvaient un tee-shirt blanc et un jeans, eux aussi tachés du sang de M. Eunick et de résidus de poudre; des chaussures trouvées dans le placard de Lisa Hay, et dont les semelles retenaient des éclats de verre provenant de la porte brisée de la boîte de nuit; des balles d'arme à feu à l'intérieur d'une chaussette trouvée dans un panier à linge sale à l'entrée de la chambre de M. Hay — dont une aurait pu connaître un cycle d'armement, c.-à-d. qu'elle aurait été chargée à un certain moment dans la chambre de l'arme de poing semi-automatique utilisée par M. Eunick —; et du sang de M. Eunick prélevé du côté du passager à l'avant de l'habitacle de la voiture Honda Civic.

[13] Selon la thèse du ministère public, M. Hay était le deuxième tireur, l'homme qui portait la chemise bleue/verte et tenait un revolver à canon long. Ce dernier a soutenu pour sa défense qu'il n'était pas allé à la boîte de nuit avec M. Eunick cette nuit-là et qu'il dormait à la maison pendant la période en cause.

[14] La preuve à charge du ministère public à l'encontre de M. Hay était constituée du témoignage de M^{me} Maillard et de quatre éléments de preuve matérielle : (1) les balles susmentionnées, trouvées à l'intérieur d'une chaussette dans un panier à linge sale à l'entrée de la chambre de M. Hay, (2) un tee-shirt blanc provenant du même panier et sur lequel on avait décelé une particule de résidu de poudre, (3) des bouts de poils trouvés dans un journal dans la poubelle de la salle de bain, et (4) des bouts de poils recueillis dans un rasoir électrique déposé dans la table de nuit de M. Hay. Il faut bien comprendre la pertinence de chaque élément de preuve et la force probante générale de la preuve du ministère public pour apprécier les arguments que M. Hay a invoqués en appel.

(1) Ms. Maillard's Eyewitness Evidence

[15] Ms. Maillard was the only eyewitness who implicated Mr. Hay as one of the shooters. She testified that she was in the kitchen when the two shooters entered and that she focused her attention on the shooter who was wearing the blue/green plaid button-up shirt with a white T-shirt underneath and who carried a long barrel revolver. She described him as having two-inch long “picky” dreadlocks: A.R., vol. II, at p. 832. According to her testimony, she said to the shooter: “You don’t have to do this, you know. If you guys want to fight, just fight. He has a wife and kids” (p. 835). At that point, the man turned to her, pointed his gun, and said, “Shut your blood clot before I kill you” (*ibid.*). Ms. Maillard continued to focus on the man in the blue/green shirt, who moved further into the kitchen and began firing at the Moore brothers. After the fourth shot, she left the kitchen and hid in the hallway.

[16] As mentioned above, following the shooting, the police suspected that Mr. Hay might be the second shooter and included his picture in a photo lineup shown to Ms. Maillard. The evidence at trial established that the lineup contained 12 photos, one photo of Mr. Hay that was taken roughly two years earlier and 11 photos depicting men with similar features.

[17] Detective Derek Young provided Ms. Maillard with a series of cautions before showing her the photo lineup. In particular, he informed her that he would be showing her a page with 12 photos on it that may or may not include a photo of the suspect. He informed her that she should go through each of the 12 photos before selecting anyone and that she should not rely heavily on facial features that might change. He told her that if she was able to identify the shooter with 100 percent positivity, she should say so, and if not, she should provide a percentage on the likelihood that the person she has selected was the suspect.

(1) La déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire

[15] M^{me} Maillard est le seul témoin oculaire ayant désigné M. Hay comme l’un des tireurs. Selon son témoignage, elle se trouvait dans la cuisine lorsque les deux tireurs y sont entrés, et son attention s’est dirigée vers celui qui portait un tee-shirt blanc avec une chemise à carreaux bleue/verte boutonnée et qui tenait un revolver à canon long. Selon elle, il portait des tresses rastas [TRADUCTION] « ébouriffées » longues de deux pouces : d.a., vol. II, p. 832. Toujours d’après son témoignage, elle a dit au tireur : « Ce n’est pas nécessaire de faire ça, tu sais. Si vous voulez vous battre, battez-vous. Il a une femme et des enfants » (p. 835). L’homme s’est alors tourné vers elle et l’a mise en joue en lui lançant : [TRADUCTION] « Ferme ta maudite gueule ou je te descends » (*ibid.*). M^{me} Maillard a continué d’observer l’homme à la chemise bleue/verte qui s’est encore avancé dans la cuisine avant de commencer à tirer sur les frères Moore. Après le quatrième coup de feu, elle est sortie de la cuisine et s’est cachée dans le couloir.

[16] Après la fusillade, on l’a vu, la police soupçonnait M. Hay d’être le deuxième tireur et a donc inclus sa photo dans une séance d’identification photographique tenue avec M^{me} Maillard. La preuve présentée au procès établit que 12 photos ont alors été montrées, soit une photo de M. Hay prise environ deux ans auparavant et 11 photos d’hommes partageant des traits similaires.

[17] Le détective Derek Young a servi plusieurs mises en garde à M^{me} Maillard avant de lui exhiber les photos. Il lui a notamment mentionné qu’il allait lui montrer une page présentant 12 photos, parmi lesquelles pourrait ou non se trouver une photo du suspect. Il lui a dit qu’elle devait, avant de sélectionner une photo, examiner toutes les photos et qu’elle ne devait pas attacher trop d’importance aux caractéristiques faciales susceptibles de changer. Il a ajouté que si elle était en mesure d’identifier le tireur avec une certitude absolue, elle devait le dire; sinon, elle devait préciser le pourcentage de probabilité, selon elle, que la personne dont elle avait sélectionné la photo soit le suspect.

[18] Det. Young’s and Ms. Maillard’s testimony established that Ms. Maillard looked at each photo in the lineup and that when she reached the photo depicting Mr. Hay, she became shaken up. She pointed at the photo and stated: “Out of all of these pictures this gentleman most fits the description of the gentlemen I saw shooting”: A.R., vol. III, at p. 999. She stated to the investigating officer that in her belief, the photo of Mr. Hay depicted the shooter in the blue/green shirt and on “a percentage scale I would probably say maybe 80 percent” (pp. 979-80). Det. Young then sought to clarify her statement with the following exchange:

[Det. Young:] Are you saying that this photograph depicts the likeness about 80 percent of the person?

. . .

[Ms. Maillard:] That’s correct.

. . .

[Det. Young:] That did the shooting?

. . .

[Ms. Maillard:] That’s correct.

. . .

[Det. Young:] But are you saying this is the person that did the shooting? I have to have a yes or no.

. . .

[Ms. Maillard:] No, the photograph is about 80 percent . . . of what depicts the likeness of the person that did the shooting.

. . .

[Det. Young:] Okay.

. . .

[Ms. Maillard:] I wish I could. [A.R., vol. III, at pp. 1014-16]

[18] Il ressort des témoignages du détective Young et de M^{me} Maillard que celle-ci a regardé chacune des photos et qu’elle s’est agitée en regardant celle de M. Hay. Elle a désigné la photo en déclarant : [TRADUCTION] « Parmi toutes ces photos, c’est cet homme qui correspond le mieux à celui que j’ai vu tirer » : d.a., vol. III, p. 999. Elle a déclaré à l’enquêteur qu’elle croyait que la photo de M. Hay représentait le tireur à la chemise bleue/verte, et a ajouté : « . . . en pourcentage, je dirais à environ 80 p. 100 » (p. 979-980). Le détective Young a alors cherché à lui faire préciser sa déclaration, ce qui a donné lieu à l’échange suivant :

[TRADUCTION]

[Dét. Young :] Affirmez-vous que cette photo ressemble à la personne à environ 80 p. 100?

. . .

[M^{me} Maillard :] C’est ça.

. . .

[Dét. Young :] La personne qui a tiré?

. . .

[M^{me} Maillard:] C’est ça.

. . .

[Dét. Young :] Mais est-ce que vous dites que c’est la personne qui a tiré? Vous devez répondre par un oui ou un non.

. . .

[M^{me} Maillard :] Non. La photo ressemble à la personne qui a tiré à environ 80 p. 100.

. . .

[Dét. Young :] O.K.

. . .

[M^{me} Maillard :] Je souhaiterais pouvoir le dire. [d.a., vol. III, p. 1014-1016]

[19] At trial, Ms. Maillard took the position that she did intend to identify Mr. Hay as the shooter in the blue/green shirt. She explained her comment that the photo shared 80 percent of the likeness of the shooter as follows:

I meant that the photograph being a photocopy, about not being able to pick up the facial hair, not being able to see, you know, knowing that it might not be a current photograph of him, noting that his hair might be different, taking into account all those factors that I was told and being — seeing someone get shot and knowing that this is something very important that I was doing, picking somebody, you know, out of a line-up that was responsible for a man dying, I was being cautious. [A.R., vol. II, at pp. 856-57]

[20] According to Ms. Maillard’s testimony, a day or two after the shooting, she called the police station “to find out whether or not [her] I.D. was pretty much the right person or not”: A.R., vol. II, at pp. 893-94.

[21] Three weeks after the shooting, Ms. Maillard participated in a second photo lineup, in which she was shown a number of photographs in sequence and asked if any matched the shooter in the blue/green shirt. The photo sequence contained the photo of Mr. Hay taken on the day of his arrest, following the shooting. However, Ms. Maillard did not select any photo from the sequence. Ms. Maillard testified at trial that she just “flipped through” the photos and stated that the arrest photo did not have a gaunt face, as she had recalled the shooter at the club: A.R., vol. II, at p. 895.

[22] Finally, defence counsel elicited testimony from Ms. Maillard that at the preliminary inquiry, she repeatedly identified Mr. Eunick, not Mr. Hay, as the shooter in the blue/green shirt. Ms. Maillard testified that she erroneously pointed out Mr. Eunick because she was nervous and scared, and because Mr. Hay had bulked up since the shooting.

[19] Au procès, M^{me} Maillard a déclaré que son intention était d’identifier M. Hay au tireur à la chemise bleue/verte. Elle a ainsi expliqué son commentaire selon lequel la photo lui ressemblait à 80 p. 100 :

[TRADUCTION] Je voulais dire que la photo étant une photocopie, que je ne pouvais distinguer la pilosité du visage, je ne pouvais voir, vous comprenez, et je savais que ça pouvait être une photo non récente et que les cheveux pouvaient avoir changé. Je tenais compte de tous les facteurs dont on m’avait parlé, et après avoir vu quelqu’un se faire tirer dessus, et sachant que je faisais quelque chose de très important, c’est-à-dire identifier quelqu’un, à partir d’une série de photos, qui était responsable de la mort d’un homme, j’étais prudente. [d.a., vol. II, p. 856-857]

[20] Selon le témoignage de M^{me} Maillard, elle a téléphoné au poste de police un jour ou deux après la fusillade [TRADUCTION] « pour savoir si l’identification [qu’elle avait faite] correspondait assez bien à la bonne personne » : d.a., vol. II, p. 893-894.

[21] Trois semaines après la fusillade, M^{me} Maillard a participé à une deuxième séance d’identification photographique au cours de laquelle on lui a présenté plusieurs photos de façon séquentielle en lui demandant d’indiquer si l’une d’elles correspondait au tireur à la chemise bleue/verte. La série de photos comprenait une photo de M. Hay prise le jour de son arrestation, après la fusillade, mais M^{me} Maillard n’a désigné aucune des photos. Elle a témoigné, au procès, qu’elle avait [TRADUCTION] « passé vite » sur les photos, et que la photo prise lors de l’arrestation ne montrait pas un homme au visage émacié conforme au souvenir qu’elle conservait du tireur de la boîte de nuit : d.a., vol. II, p. 895.

[22] Enfin, l’avocat de la défense a fait témoigner M^{me} Maillard sur le fait qu’à l’enquête préliminaire, elle avait plusieurs fois identifié M. Eunick, et non M. Hay, au tireur à la chemise bleue/verte. Elle a répondu s’être trompée en désignant M. Eunick parce qu’elle était nerveuse, qu’elle avait peur et que M. Hay avait pris du poids depuis la fusillade.

[23] Ms. Maillard was not asked at trial if she could make an in-court identification of Mr. Hay.

(2) Physical Evidence: Bullets, White T-Shirt and Hair Clippings

[24] As mentioned above, the Crown introduced the following physical evidence implicating Mr. Hay: (1) bullets found in a sock in a laundry hamper in his bedroom, one of which may have been cycled through the semi-automatic handgun fired by Mr. Eunick; (2) a white T-shirt in the same hamper with one granule of gunshot residue on it; (3) hair clippings from a newspaper in the garbage of the bathroom nearest to Mr. Hay's bedroom; and (4) hair clippings in an electric razor found in Mr. Hay's nightstand.

[25] The bullets and white T-shirt implicated Mr. Hay in the crime based on the location in which they were found — the hamper in his bedroom — and the expert testimony associating them with the shooting. With respect to the bullets, the Crown's firearms expert testified that one of the unfired bullets found in the sock had been cycled through the semi-automatic gun used by Mr. Eunick in the shooting. Mr. Hay's firearm expert did not dispute the methodology or assumptions made by the Crown expert, but testified that he was unable to reach the same conclusion. It was undisputed that if the bullets in the sock had any connection to the shooting, it was to the semi-automatic gun fired by Mr. Eunick and not the long barrel revolver used by the shooter in the blue/green shirt.

[26] The white T-shirt was tied to the shooting by virtue of the eyewitness testimony that the shooter in the blue/green shirt was wearing a white T-shirt underneath and the fact that the T-shirt was found on the top of Mr. Hay's laundry hamper with one speck of gunshot residue on it. The Crown's theory was that Mr. Hay put the bullets and his white T-shirt

[23] Lors du procès, on n'a pas demandé à M^{me} Maillard si elle pouvait identifier M. Hay dans la salle d'audience.

(2) La preuve matérielle : les balles, le tee-shirt blanc et les bouts de poils

[24] Comme je l'ai déjà indiqué, le ministère public a présenté les éléments de preuve matérielle suivants pour démontrer l'implication de M. Hay : (1) des balles trouvées dans une chaussette retirée d'un panier à linge dans sa chambre — une de ces balles pouvait avoir été engagée dans l'arme de poing semi-automatique dont s'était servi M. Eunick —, (2) un tee-shirt blanc provenant du même panier à linge et sur lequel il y avait une granule de résidu de poudre, (3) des bouts de poils trouvés dans un journal jeté dans la poubelle de la salle de bain la plus près de la chambre de M. Hay, et (4) des bouts de poils provenant d'un rasoir électrique trouvé dans la table de nuit de M. Hay.

[25] Les balles et le tee-shirt blanc impliquaient M. Hay à cause de l'endroit où ils avaient été trouvés — le panier à linge dans sa chambre — et du témoignage d'expert qui les reliait à la fusillade. L'expert en armes à feu cité par le ministère public a déclaré que l'une des balles non utilisées trouvées dans la chaussette avait été engagée dans l'arme semi-automatique dont M. Eunick s'était servi lors de la fusillade. L'expert en armes à feu cité par l'avocat de M. Hay n'a pas remis en question la méthodologie suivie par l'expert du ministère public ni les hypothèses qu'il a formulées, mais il a témoigné ne pas pouvoir tirer la même conclusion. Il était incontestable que s'il existait un lien entre les balles trouvées dans la chaussette et la fusillade, c'était avec l'arme semi-automatique utilisée par M. Eunick et non le revolver à canon long utilisé par le tireur à la chemise bleue/verte.

[26] Le tee-shirt blanc était lié à la fusillade en raison des dépositions des témoins oculaires affirmant que le tireur à la chemise bleue/verte en portait un sous sa chemise, et parce qu'il avait été trouvé sur le dessus de la pile de linge dans le panier de M. Hay et qu'il y avait une granule de résidu de poudre dessus. Le ministère public soutenait que M. Hay avait

in the hamper upon returning home from the shooting.

[27] The defence argued that Mr. Eunick, who had testified that he used the bathroom next to Mr. Hay's bedroom upon returning from the club, placed the bullets in Mr. Hay's hamper, which was located just inside the entrance to the bedroom. In the process of doing so, Mr. Eunick contaminated the white T-shirt on the top of the hamper with a single granule of gunshot residue. According to the defence, this was supported by the fact that there was no gunshot residue found on any of the other items in the hamper.

[28] The other physical evidence introduced by the Crown was hair clippings obtained from two places: (1) a crumpled page of newspaper dated three weeks earlier found in the waste basket in the bathroom near Mr. Hay's bedroom and (2) an electric razor found in the nightstand next to Mr. Hay's bed. The evidence established that the hairs in the newspaper and the razor were less than a centimeter long. The hair was not submitted to a forensic expert for trial and no expert testified regarding the hair.

[29] The Crown's theory with respect to the hair clippings was that Mr. Hay shaved his head upon returning home from the shooting. This was necessary to explain the discrepancy between the eyewitness testimony — which indicated that the second shooter had dreadlocks that were two inches or longer — and the length of Mr. Hay's hair when he was arrested — which was very short. It was also used to explain why Ms. Maillard was not able to identify Mr. Hay based on the arrest photo shown to her three weeks after the shooting. The Crown also suggested that the haircut represented an after-the-fact attempt by Mr. Hay to change his appearance to cover up his involvement in the shooting.

[30] In addition to this physical evidence, the Crown also introduced a videotape of the Chigwel Court residence recorded after Mr. Eunick and Mr. Hay were arrested. One scene in the video

mis les balles et son tee-shirt blanc dans le panier à son retour à la maison après la fusillade.

[27] La défense a fait valoir que M. Eunick — qui avait témoigné être allé, à son retour de la boîte de nuit à la salle de bain située à côté de la chambre de M. Hay — avait placé les balles dans le panier de M. Hay situé à l'entrée de la chambre à coucher. Ce faisant, M. Eunick avait contaminé le tee-shirt blanc qui se trouvait sur le dessus de la pile avec une seule granule de résidu de poudre. Selon la défense, l'absence de résidu de poudre sur les autres pièces déposées dans le panier étayait cette thèse.

[28] L'autre élément de preuve matérielle du ministère public consistait en des bouts de poils recueillis à deux endroits : (1) dans une feuille de journal froissée vieille de trois semaines recueillie dans la poubelle de la salle de bain située près de la chambre de M. Hay, et (2) dans un rasoir électrique trouvé dans la table de nuit à côté du lit de M. Hay. La preuve a établi que les cheveux trouvés dans le journal et le rasoir mesuraient moins d'un centimètre. Les cheveux n'ont pas été soumis à un expert en criminalistique en vue du procès et aucun expert n'a témoigné à leur sujet.

[29] Selon la thèse du ministère public concernant les bouts de poils, M. Hay s'était rasé la tête à son retour à la maison après la fusillade. Il fallait en effet expliquer pourquoi la longueur des cheveux de M. Hay lors de son arrestation — il avait les cheveux très courts — ne correspondait pas à la longueur décrite par les témoins oculaires, selon lesquels le second tireur portait des tresses rastas longues d'au moins deux pouces. Cette thèse devait aussi expliquer pourquoi, trois semaines après la fusillade, M^{me} Maillard n'avait pas pu identifier M. Hay à partir de la photo prise lors de son arrestation. Le ministère public a également soutenu qu'en se coupant les cheveux, M. Hay avait tenté, après le fait, de modifier son apparence pour dissimuler son implication dans la fusillade.

[30] Outre ces éléments de preuve matérielle, le ministère public a aussi déposé un enregistrement vidéo montrant la résidence de Chigwel Court, réalisé après l'arrestation de MM. Eunick et Hay,

depicts a blue shirt draped on a bunk bed in a second bedroom in the home. However, the record does not indicate that the Crown ever sought to seize the shirt, let alone submit it for testing or present it to one of the eyewitnesses to make the case that it was the blue/green shirt worn by the second shooter.

(3) Jury Verdict

[31] Based on the evidence described above, the jury found Mr. Eunick and Mr. Hay guilty of first degree murder of Collin Moore and attempted murder of Roger Moore.

B. *Ontario Court of Appeal, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24*

[32] In the Court of Appeal, Mr. Hay challenged his conviction on the bases that the jury's verdict was unreasonable and that the trial judge erred in instructing the jury on eyewitness identification. Moldaver J.A., as he then was, wrote for a unanimous panel and dismissed the appeal.

[33] The court held that the jury's verdict was not unreasonable because, despite weaknesses in Ms. Maillard's eyewitness testimony, there was other confirmatory evidence presented to the jury, including the bullets and shirt found in Mr. Hay's hamper and the hair clippings, which allowed for the "powerful inference" that Mr. Hay shaved his head after the murder to disguise his appearance (para. 36). The court acknowledged that the jury could have drawn multiple inferences from the evidence presented, but concluded that this confirmatory evidence "put this case over the unreasonable verdict threshold" (*ibid.*).

[34] With respect to the trial judge's instruction to the jury on eyewitness identification, Mr. Hay raised three arguments. First, he argued that the trial

et dans lequel on peut notamment voir une chemise bleue étendue sur un lit superposé dans une autre chambre à coucher. Toutefois, selon le dossier, le ministère public n'a pas cherché à saisir la chemise ni même à la faire analyser ou à la montrer à l'un des témoins oculaires pour prouver qu'il s'agissait bien de la chemise bleue/verte portée par le deuxième tireur.

(3) Le verdict du jury

[31] S'appuyant sur la preuve décrite précédemment, le jury a déclaré MM. Eunick et Hay coupables du meurtre au premier degré de Collin Moore et de tentative de meurtre à l'endroit de Roger Moore.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24*

[32] En Cour d'appel, M. Hay a contesté sa déclaration de culpabilité aux motifs que le verdict du jury était déraisonnable et que le juge du procès avait adressé au jury des directives erronées concernant l'identification par témoin oculaire. Le juge Moldaver, maintenant juge de notre Cour, rendant le jugement unanime de la Cour d'appel, a rejeté l'appel.

[33] La Cour d'appel a conclu que, malgré des faiblesses relevées dans la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire, le verdict du jury n'était pas déraisonnable parce que d'autres éléments de preuve corroborants présentés au jury, notamment les balles et le tee-shirt trouvés dans le panier à linge de M. Hay ainsi que les bouts de poils, autorisaient une [TRADUCTION] « inférence solide » que M. Hay s'était rasé la tête après le meurtre pour modifier son apparence (par. 36). La Cour d'appel a reconnu que le jury aurait pu tirer de multiples inférences de la preuve présentée, mais elle a conclu que cette preuve corroborante « élev[ait] le verdict au-dessus du seuil sous lequel un verdict est déraisonnable » (*ibid.*).

[34] En ce qui concerne les directives que le juge du procès a données au jury au sujet de l'identification par témoin oculaire, M. Hay a invoqué trois

judge erroneously instructed the jury that it could convict Mr. Hay on the evidence of Ms. Maillard alone. The Court of Appeal disagreed. In its view, the trial judge did not instruct the jury that it could convict on Ms. Maillard's testimony alone. Rather, the trial judge instructed the jury that it must look to confirmatory evidence.

[35] Mr. Hay raised two other challenges regarding the trial judge's instruction on eyewitness evidence and challenged the trial judge's instruction on the planning and deliberation requirement for first degree murder. These challenges were rejected by the Court of Appeal and have not been reargued before this Court.

C. Motion for an Order to Release Exhibits

[36] While the application for leave to appeal was pending before this Court, Mr. Hay filed a motion to compel the Crown to release two pieces of evidence for forensic testing: the hair clippings found in the crumpled newspaper and the hair clippings found in the electric razor. Mr. Hay sought to forensically examine the hair clippings to determine from what part of the body the clippings came. This Court allowed the motion; see *R. v. Hay*, 2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206, at para. 10. However, it deferred consideration of any motion to adduce fresh evidence to be considered with the appeal (para. 9).

[37] On December 1, 2010, the parties submitted a proposed protocol for releasing the hair clippings and having them examined by the Centre of Forensic Sciences. This Court ordered that the hairs be released and examined in accordance with that protocol. Mr. Hay subsequently filed a motion under s. 683 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to adduce the reports and testimony of experts who conducted the forensic examination.

arguments. Il a d'abord soutenu que le premier juge avait fait erreur en indiquant au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable en se fondant sur le seul témoignage de M^{me} Maillard. La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument, estimant que le juge du procès n'avait pas donné une telle directive, mais avait plutôt incité le jury à rechercher des éléments de preuve corroborants.

[35] M. Hay a soulevé deux autres motifs de contestation à l'égard des directives portant sur le témoignage de témoins oculaires et a aussi contesté les directives concernant la préméditation et le propos délibéré, des éléments nécessaires pour qu'il y ait meurtre au premier degré. La Cour d'appel a rejeté ces moyens, qui n'ont pas été repris devant notre Cour.

C. Requête sollicitant la production de pièces

[36] Pendant que la demande d'autorisation d'appel devant nous suivait son cours, M. Hay a demandé par requête que le ministère public soit tenu de produire deux éléments de preuve à des fins d'analyse criminalistique, à savoir les bouts de poils trouvés dans le journal froissé et ceux qui avaient été prélevés dans le rasoir électrique. L'analyse sollicitée visait à faire déterminer de quelle partie du corps provenaient ces éléments de preuve. Notre Cour a accueilli la requête; voir *R. c. Hay*, 2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206, par. 10. Elle a toutefois reporté à l'audition du pourvoi l'examen de toute requête en production de nouveaux éléments de preuve (par. 9).

[37] Le 1^{er} décembre 2010, les parties ont soumis un projet de protocole visant la production des bouts de poils pour analyse par le Centre des sciences judiciaires. Puis, notre Cour en a ordonné la production et l'examen conformément au protocole. Par la suite, M. Hay a déposé une requête fondée sur l'art. 683 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour présentation des rapports et des témoignages des experts ayant procédé à l'analyse criminalistique.

IV. Issues

[38] This appeal presents two issues:

- (1) Whether the trial judge erred by instructing the jury that it could convict Mr. Hay based on Ms. Maillard's eyewitness evidence alone.
- (2) Whether Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence should be granted and if so, what is the appropriate remedy?

V. AnalysisA. *Jury Charge Regarding Eyewitness Testimony*

[39] Mr. Hay argues that the trial judge erred by instructing the jury that it could convict him on Ms. Maillard's eyewitness testimony alone. Like the Court of Appeal, I am of the view that Mr. Hay's argument should be rejected. As I explain below, it would have been an error to instruct the jury that it could convict Mr. Hay based on Ms. Maillard's testimony alone because it was too weak to establish Mr. Hay's guilt beyond a reasonable doubt. However, read as a whole, the trial judge's jury charge did not instruct the jury that it could convict based on Ms. Maillard's testimony alone. Rather, it instructed the jury that it must look to confirmatory evidence. It is not disputed that Ms. Maillard's testimony in conjunction with the confirmatory evidence was sufficient to support the conclusion that Mr. Hay was guilty beyond a reasonable doubt and, thus, there was no error in the jury charge.

- (1) Whether It Would Have Been an Error to Instruct the Jury That It Could Convict Mr. Hay Based on Ms. Maillard's Testimony Alone

[40] The credibility and weight that should be given to eyewitness testimony is an issue committed

IV. Questions en litige

[38] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant au jury la directive qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement de la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire?
- (2) Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve et, le cas échéant, quelle est la réparation appropriée?

V. AnalyseA. *L'exposé au jury relatif à la déposition des témoins oculaires*

[39] M. Hay plaide que le juge du procès a fait erreur en expliquant au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable en s'appuyant uniquement sur la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire. Tout comme la Cour d'appel, j'estime qu'on ne saurait retenir cet argument. Ainsi que je l'expliquerai, le fait d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement du témoignage de M^{me} Maillard aurait certes constitué une erreur parce que ce témoignage était trop faible pour établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de M. Hay. Toutefois, l'exposé du juge au jury, pris dans son ensemble, n'indique pas qu'un verdict de culpabilité pouvait être rendu sur la foi de ce seul témoignage. De fait, il a plutôt donné comme directive au jury qu'il devait rechercher des éléments de preuve corroborants. Nul ne conteste que, jumelé à la preuve corroborante, le témoignage de M^{me} Maillard était suffisant pour fonder une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et, par conséquent, l'exposé au jury n'était entaché d'aucune erreur.

- (1) Aurait-il été erroné d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la seule foi du témoignage de M^{me} Maillard?

[40] Les questions relatives à la crédibilité des témoins oculaires et au poids à accorder à leur

to the ultimate trier of fact — here, the jury: *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802, at pp. 844-45. It is well established that where the Crown relies on an eyewitness identification, the trial judge has a duty to caution the jury regarding the well-recognized frailties of identification evidence; see *Mezzo*, at p. 845, citing *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paras. 78-79 (*per* Bastarache J., dissenting, although not on this point); *R. v. Canning*, [1986] 1 S.C.R. 991. However, a properly instructed jury may conclude, notwithstanding the frailties of eyewitness identification, that the eyewitness' testimony is reliable and may enter a conviction on those grounds. This may be so even where the Crown has relied on only a single eyewitness; see *Mezzo*, at p. 844; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 23.

[41] Although the duty to assess the credibility and weight of an eyewitness' evidence sits with the jury and, in some circumstances, the testimony of one eyewitness will support a conviction, the jury should not be permitted to convict on the basis of eyewitness testimony that could not support an inference of guilt beyond a reasonable doubt. In other words, a jury should not be instructed that it may convict based on eyewitness testimony alone where that testimony, even if believed, would necessarily leave reasonable doubt in the mind of a reasonable juror; see *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at paras. 21-25; *R. v. Reitsma*, [1998] 1 S.C.R. 769, rev'g (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. v. Zurowski*, 2004 SCC 72, [2004] 3 S.C.R. 509; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080. Indeed, where the Crown's case consists solely of eyewitness testimony that would necessarily leave reasonable doubt in the mind of a reasonable juror, the trial judge must direct an acquittal upon a motion for directed verdict (*Arcuri*, at para. 21).

témoignage relèvent du juge des faits — en l'espèce, le jury : *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 844-845. Il est bien établi que lorsque le ministère public a recours à l'identification par témoin oculaire, le juge du procès a l'obligation de mettre le jury en garde au sujet des faiblesses reconnues de la preuve d'identification; voir *Mezzo*, p. 845, citant *R. c. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 78-79 (le juge Bastarache, dissident, mais non sur ce point); *R. c. Canning*, [1986] 1 R.C.S. 991. Toutefois, un jury ayant reçu les directives appropriées peut, en dépit des faiblesses de l'identification par témoin oculaire, conclure à la fiabilité de la déposition du témoin oculaire et rendre un verdict de culpabilité sur ce fondement, et ce, même si le ministère public n'a cité qu'un seul témoin oculaire; voir *Mezzo*, p. 844; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, par. 23.

[41] Bien que l'appréciation de la crédibilité et du poids de la déposition d'un témoin oculaire relève du jury et que, dans certaines circonstances, la déposition d'un seul témoin oculaire puisse fonder une déclaration de culpabilité, un jury ne devrait pas être autorisé à rendre un verdict de culpabilité en s'appuyant sur une déposition d'un témoin oculaire qui ne pourrait étayer une inférence de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Autrement dit, il ne faudrait pas expliquer au jury qu'il peut déclarer un accusé coupable en se basant uniquement sur la déposition d'un témoin oculaire lorsque la déposition, même si l'on y accorde foi, laisserait nécessairement subsister un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable; voir *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 21-25; *R. c. Reitsma*, [1998] 1 R.C.S. 769, inf. (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. c. Zurowski*, 2004 CSC 72, [2004] 3 R.C.S. 509; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080. En fait, si la preuve du ministère public consiste uniquement en la déposition d'un témoin oculaire qui soulèverait nécessairement un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable, le juge du procès saisi d'une demande de verdict imposé doit ordonner un acquittement (*Arcuri*, par. 21).

[42] In my view, it would have been unreasonable for the jury to convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard's eyewitness testimony. In addition to the usual frailties associated with eyewitness identification and photo lineups, the evidence at trial established several other problems with Ms. Maillard's ability to identify Mr. Hay as the shooter. As described above, Ms. Maillard's initial selection of Mr. Hay from the photo lineup was accompanied by a statement that she was not identifying him as the shooter, but as someone who shared 80 percent of the likeness of the shooter. Furthermore, within a couple of days of the shooting, Ms. Maillard called the police to confirm whether the person she had selected was "pretty much the right person or not": A.R., vol. II, at pp. 893-94. Also, the evidence established that three weeks after the shooting Ms. Maillard was not able to select Mr. Hay as the shooter based on his arrest photo taken the day of the crime and that, at the preliminary inquiry, Ms. Maillard repeatedly identified Mr. Eunick, not Mr. Hay, as the shooter in the blue/green shirt. Each of these events raised some doubt as to Ms. Maillard's ability to identify Mr. Hay as the second shooter.

[43] To be sure, the Crown did adduce evidence to address some of the problems with Ms. Maillard's testimony. It elicited testimony from Ms. Maillard that, despite her statements to the contrary when she selected Mr. Hay's photo on the morning of the shootings, she *did* intend to identify Mr. Hay as the shooter. Furthermore, the Crown introduced hair clippings found in Mr. Hay's bathroom and electric razor to explain that Ms. Maillard was unable to identify Mr. Hay based on his arrest photo because he had cut his hair.

[44] In my view, however, this evidence does not support the conclusion that Ms. Maillard's testimony, on its own, provided a basis for conviction. Ms. Maillard's testimony that she intended to identify Mr. Hay as the shooter could not erase the

[42] À mon avis, le jury aurait rendu un verdict déraisonnable s'il avait déclaré M. Hay coupable sur la seule foi de la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire. En effet, outre la faiblesse habituellement associée à l'identification par témoin oculaire et aux séances d'identification photographique, la preuve présentée au procès a révélé plusieurs autres problèmes touchant la capacité de M^{me} Maillard d'identifier M. Hay au tireur. Comme je l'ai déjà indiqué, lorsqu'elle a désigné la photo de M. Hay lors de la première séance d'identification, M^{me} Maillard a déclaré qu'elle ne l'identifiait pas au tireur, mais plutôt à une personne ressemblant à 80 p. 100 au tireur. De plus, quelques jours après la fusillade, M^{me} Maillard a téléphoné à la police pour savoir si l'identification qu'elle avait faite [TRADUCTION] « correspondait assez bien à la bonne personne » : d.a., vol. II, p. 893-894. Également, la preuve a démontré que, trois semaines après la fusillade, M^{me} Maillard a été incapable de désigner M. Hay comme étant le tireur à partir de la photo de celui-ci prise lors de son arrestation le jour même du crime et que, lors de l'enquête préliminaire, elle a plusieurs fois désigné M. Eunick, et non M. Hay, comme étant le tireur à la chemise bleue/verte. Chacun de ces incidents a jeté un certain doute sur la capacité de M^{me} Maillard d'identifier M. Hay au deuxième tireur.

[43] Certes, le ministère public a présenté des éléments de preuve afin de corriger certains problèmes liés à la déposition de M^{me} Maillard. Ainsi, il a obtenu de celle-ci l'affirmation que, malgré ses déclarations contraires au moment de désigner la photo de M. Hay le matin suivant la fusillade, son intention *était effectivement* de l'identifier au tireur. En outre, le ministère public a produit des bouts de poils trouvés dans la salle de bain et le rasoir électrique de M. Hay afin d'expliquer l'incapacité de M^{me} Maillard d'identifier M. Hay à partir de la photo prise lors de son arrestation par le fait qu'il s'était coupé les cheveux.

[44] J'estime toutefois que ces éléments de preuve ne permettent pas de conclure que le témoignage de M^{me} Maillard permettait à lui seul de rendre un verdict de culpabilité. Ainsi, sa déclaration portant qu'elle avait l'intention d'identifier M. Hay au tireur

reasonable doubt created by her confirmation at the time of the photo lineup that she could not identify him as the shooter and by her inability to identify Mr. Hay at the subsequent photo lineup and at the preliminary inquiry. Furthermore, although the Crown's explanation that Mr. Hay cut his hair after the shooting gave the jury a basis for reconciling Ms. Maillard's difficulty in identifying Mr. Hay in the second photo lineup, the explanation itself relied on confirmatory evidence — the hair clippings. It thus does not change the fact that Ms. Maillard's testimony, *in and of itself*, would not have permitted a reasonable juror to conclude without reasonable doubt that Mr. Hay was one of the shooters.

[45] For these reasons, in my view, it would have been an error for the trial judge to instruct the jury that it could convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard's evidence. Indeed, in this appeal, the Crown has not attempted to argue otherwise. The Crown has instead argued that the trial judge made no error because he never instructed the jury that it could have convicted Mr. Hay based on Ms. Maillard's testimony alone. I turn to that argument next.

(2) Whether the Trial Judge Erred in Instructing the Jury

[46] In my view, the Court of Appeal correctly held that the trial judge made no error in instructing the jury regarding Ms. Maillard's eyewitness testimony.

[47] When reviewing a jury charge, “[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole”: *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32. Where an impugned reference in a jury charge in isolation could be understood to be an incorrect statement of the law, an appeal court will not interfere if it is evident that, considering the charge as a whole, the jury would have been properly instructed: *ibid.*, at paras. 3 and 24.

n'aurait pu dissiper le doute raisonnable découlant du fait qu'elle a confirmé, lors de la séance d'identification photographique, ne pas pouvoir l'identifier et qu'elle a été incapable de l'identifier lors de la séance subséquente de même qu'à l'enquête préliminaire. De surcroît, l'explication du ministre public selon laquelle M. Hay s'était coupé les cheveux après la fusillade, même si elle permettait au jury de comprendre la difficulté éprouvée par M^{me} Maillard à identifier M. Hay lors de la deuxième séance, reposait elle-même sur une preuve corroborante — les bouts de poils. Cette explication ne modifie donc en rien le fait que le témoignage de M^{me} Maillard n'aurait pas, *en lui-même*, permis à un juré raisonnable de conclure hors de tout doute raisonnable que M. Hay était l'un des tireurs.

[45] C'est pourquoi j'estime que le juge du procès aurait commis une erreur s'il avait donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la seule foi du témoignage de M^{me} Maillard. D'ailleurs, le ministère public n'a pas tenté de soutenir le contraire dans le présent pourvoi. Il a plutôt fait valoir que le juge n'avait pas commis d'erreur parce qu'il n'avait pas adressé une telle directive au jury. C'est cet argument que j'aborde maintenant.

(2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury?

[46] Selon moi, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès n'avait commis aucune erreur dans ses directives au jury concernant la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire.

[47] Lors de l'examen d'un exposé fait au jury, « [u]ne cour d'appel doit examiner l'erreur alléguée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et du déroulement général du procès » : *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Si, dans un exposé au jury, un passage contesté pris isolément peut amener à conclure qu'il renferme une erreur de droit, une cour d'appel n'interviendra pas s'il est évident, compte tenu de l'exposé complet, que le jury a reçu les directives appropriées : *ibid.*, par. 3 et 24.

[48] Furthermore, although appeal courts will interfere when a jury has not been adequately instructed, a trial judge must be afforded a certain degree of flexibility in instructing the jury; see *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745, at para. 9. A trial judge is not required to use “any particular form of words” in instructing the jury regarding the frailties of eyewitness evidence and, rather, must be afforded considerable latitude in deciding how best to apprise the jurors about those frailties: *Turnbull*, at p. 552; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119, at para. 110.

[49] In the present case the trial judge made the following general remarks about the reliability of eyewitness evidence, prior to revisiting in detail the evidence against Mr. Eunick and Mr. Hay:

There has been eyewitness testimony from a number of witnesses. You must be very cautious about relying on eyewitness testimony to find either of the two accused persons guilty. That caution is required because experience has taught us that all identification evidence suffers from an inherent frailty. Human observations and recollections are notoriously unreliable in this area.

Indeed, many cases of miscarriage of justice have been due to mistaken identification by one or more responsible witnesses whose honesty was not challenged and who had ample opportunity for observation, but whose identifications subsequently proved to be erroneous.

You may have no doubt that a witness or witnesses are certain in their own minds that they observed and recognized the proper identifying characteristics, but a convincing witness, who is perfectly honest, may also be mistaken. A person can be sure in his or her own mind about an identification and yet be mistaken. In that context, you must bear in mind the distinction between credibility or truthfulness, as opposed to reliability or accuracy.

So I repeat, ladies and gentlemen, you must be very cautious about relying on eyewitness testimony alone to find either of the defendants guilty of any crime. In the past, there have been miscarriages of justice. Persons

[48] En outre, bien que des directives au jury inadéquates entraînent l'intervention des cours d'appel, le juge du procès doit jouir d'une certaine latitude sur la façon de donner ses directives; voir *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745, par. 9. Ainsi, le juge du procès n'est pas tenu de recourir à [TRADUCTION] « une formulation particulière » pour attirer l'attention du jury sur les faiblesses de la preuve par témoin oculaire; il faut, au contraire, lui accorder une latitude considérable dans le choix de la meilleure façon d'informer les jurés de ces faiblesses : *Turnbull*, p. 552; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119, par. 110.

[49] Dans l'affaire qui nous occupe, avant de revenir à l'examen en détail de la preuve présentée contre MM. Eunick et Hay, le juge du procès a formulé les remarques générales qui suivent concernant la fiabilité de la preuve par témoin oculaire :

[TRADUCTION] Vous avez entendu le témoignage de divers témoins oculaires. Vous devez faire preuve d'une grande prudence avant de déclarer l'un ou l'autre des deux accusés coupable sur le fondement de la déposition d'un témoin oculaire. Cette prudence s'impose parce que l'expérience nous enseigne que toute preuve d'identification comporte une faiblesse inhérente. Les observations et les souvenirs des êtres humains sont notoirement peu fiables dans ce domaine.

En fait, beaucoup d'erreurs judiciaires sont attribuables à une erreur d'identification de la part d'un ou de plusieurs témoins sérieux dont l'honnêteté n'était pas contestée qui avaient disposé d'amples possibilités d'observation, mais dont l'identification s'est par la suite révélée erronée.

Il se peut que vous ne doutiez aucunement qu'un ou des témoins sont intimement convaincus d'avoir observé et reconnu les caractéristiques permettant l'identification, mais un témoin convaincant et tout à fait honnête peut aussi se tromper. Quelqu'un peut être persuadé de bien identifier une personne et être pourtant dans l'erreur. Dans ce contexte, vous ne devez pas perdre de vue la différence entre la crédibilité ou la véracité, d'une part, et la fiabilité ou l'exactitude, d'autre part.

Je répète donc, mesdames et messieurs, que vous devez exercer une grande prudence avant de conclure à la culpabilité de l'un ou l'autre défendeur sur la seule foi d'une déposition d'un témoin oculaire. Il y a eu des

have been wrongly convicted because eyewitnesses have made mistakes in identifying the persons whom they saw committing the crime.

As a result, you should look for confirmatory evidence to support the eyewitness identification evidence. If you find other evidence to support the eyewitness identification evidence, you may decide that the frailties associated with a conviction based only on identification evidence has been discounted. It will be up to you.

But even if you find no confirmatory evidence — even though you are to exercise caution because of the frailties of eyewitness identification evidence — you are, nevertheless, entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness if you accept that witness’ identification and find that it proves guilt beyond a reasonable doubt. But you should exercise real caution before convicting on this type of evidence alone. [Emphasis added; A.R., vol. V, at pp. 2145-46.]

Mr. Hay contends that the last paragraph of this excerpt would have left the jury with the understanding that it could have convicted him based on Ms. Maillard’s testimony alone.

[50] Taken in isolation, the statement that the jury was “entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness” may appear to do that. However, I agree with the Court of Appeal that such an interpretation of the trial judge’s instruction is belied when the full context of the jury charge is considered.

[51] As the Court of Appeal observed, the impugned instruction was, as a general matter, a correct statement of the law. As mentioned above, a jury may convict on the basis of a single eyewitness’ testimony, notwithstanding the frailties of eyewitness identifications, if the witness’ testimony could support a finding of guilt beyond a reasonable doubt.

erreurs judiciaires dans le passé. Des gens ont été injustement déclarés coupables parce que des témoins oculaires se sont trompés dans l’identification des personnes qu’ils avaient vues commettre le crime.

Par conséquent, vous devez rechercher des éléments de preuve corroborants étayant la preuve d’identification par témoin oculaire. Si vous trouvez d’autres éléments de preuve appuyant l’identification par un témoin oculaire, vous pouvez décider que la fragilité d’une déclaration de culpabilité fondée uniquement sur la preuve d’identification a été écartée. C’est à vous qu’appartient cette décision.

Mais même si vous ne trouvez aucun élément de preuve corroborant — bien que vous deviez faire preuve de prudence en raison des faiblesses de la preuve d’identification par témoin oculaire — vous pouvez malgré tout rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d’un seul témoin oculaire si vous acceptez cette identification et jugez qu’elle établit la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Vous devez toutefois vous montrer réellement prudents avant de déclarer quelqu’un coupable en vous appuyant uniquement sur une telle preuve. [Je souligne; d.a., vol. V, p. 2145-2146.]

M. Hay soutient que le dernier paragraphe de cet extrait aurait amené le jury à penser qu’il pouvait le déclarer coupable sur le seul fondement du témoignage de M^{me} Maillard.

[50] Pris isolément, le passage soulignant au jury qu’il [TRADUCTION] « [peut] [. . .] rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d’un seul témoin oculaire » peut sembler faire une telle affirmation. Je conviens toutefois avec la Cour d’appel que cette directive du juge du procès ne peut s’interpréter ainsi lorsqu’on tient compte du contexte global de l’exposé fait au jury.

[51] Ainsi que l’a fait remarquer la Cour d’appel, la directive en question constituait, de façon générale, un exposé exact du droit. Je le répète, malgré les faiblesses de l’identification par témoin oculaire, un jury peut rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d’un seul témoin oculaire si ce témoignage permet de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité.

[52] Furthermore, the impugned instruction was made in the context of general instructions that applied to both Mr. Hay and his co-defendant, Mr. Eunick. With respect to Mr. Eunick, there were multiple witnesses whose testimony could have supported a finding of guilt beyond a reasonable doubt. Witnesses Jennifer Moore and Hugh Robinson, for instance, were both able to recognize Mr. Eunick from their past dealings and identify him as one of the shooters during and immediately after the shooting.

[53] After the general instruction excerpted above, the trial judge provided additional cautions regarding the frailties of eyewitness testimony and then reviewed the evidence against each defendant. The trial judge's instruction regarding the evidence against Mr. Hay did not convey to the jury that it could convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard's testimony. Rather, in reviewing Ms. Maillard's testimony, the trial judge described each of the specific problems with her identification, including her inability to identify Mr. Hay at the second, sequential photo lineup — which he described as “a better way of showing photographs” than the first photo lineup (A.R., vol. V, at p. 2178) — and Ms. Maillard's misidentification at the preliminary inquiry. After reviewing these problems the trial judge stated:

You must be very careful of the evidence of Ms Maillard because of the problems that I have pointed out. You should look for other evidence confirming her identification. [Emphasis added; A.R., vol. V, at p. 2181.]

In addition, the trial judge distinguished Ms. Maillard's eyewitness account from the stronger eyewitness evidence against Mr. Eunick:

In the case of Leisa Maillard, unlike Hugh Robinson and Jennifer Moore, she had never seen the person she picked out of the lineup — Leighton Hay — before. Her

[52] En outre, la directive contestée s'inscrivait dans le contexte de directives générales s'appliquant tant à M. Hay qu'à son codéfendeur, M. Eunick, à l'égard duquel la déposition de nombreux témoins pouvait étayer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Par exemple, les témoins Jennifer Moore et Hugh Robinson ont tous deux pu reconnaître M. Eunick à cause de précédents contacts avec lui, et ils ont pu l'identifier à l'un des tireurs pendant et immédiatement après la fusillade.

[53] Après avoir exposé la directive générale précitée, le juge du procès a formulé des mises en garde additionnelles à propos des faiblesses de la preuve par témoin oculaire, puis il a passé en revue la preuve présentée contre chaque défendeur. Ses directives au sujet de la preuve impliquant M. Hay n'indiquaient pas au jury qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur la seule base du témoignage de M^{me} Maillard. En passant en revue ce témoignage, le juge a plutôt décrit chacun des problèmes particuliers que posait l'identification qu'elle avait faite, notamment son incapacité d'identifier M. Hay lors de la deuxième séance d'identification photographique, à présentation séquentielle — qui était, selon le juge, [TRADUCTION] « une meilleure façon de montrer les photos » que la première séance (d.a., vol. V, p. 2178) — et l'erreur d'identification commise par M^{me} Maillard lors de l'enquête préliminaire. Après avoir examiné ces problèmes, le juge du procès a ajouté :

[TRADUCTION] Vous devez faire montre de beaucoup de prudence à l'égard du témoignage de M^{me} Maillard en raison des problèmes que je vous ai signalés. Vous devriez rechercher d'autres éléments de preuve confirmant l'identification qu'elle a faite. [Je souligne; d.a., vol. V, p. 2181.]

En outre, le juge du procès a établi une distinction entre la déposition que M^{me} Maillard a faite à titre de témoin oculaire, et les dépositions, plus solides, d'autres témoins oculaires qui avaient été présentées contre M. Eunick :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de Leisa Maillard, contrairement à Hugh Robinson et à Jennifer Moore, elle n'avait jamais vu Leighton Hay auparavant, la personne

evidence must, therefore, be approached with greater caution. [A.R., vol. V, at p. 2186]

[54] I agree with the Court of Appeal that “[i]n the face of those instructions, it is fanciful to think that the jury would have convicted Hay solely on the eye-witness testimony of Ms. Maillard” (para. 48). Mr. Hay’s argument boils down to a contention that the trial judge was required to say words such as “you may not convict Mr. Hay based on Leisa Maillard’s testimony alone”. However, the trial judge was not circumscribed to instruct the jury as to the sufficiency of Ms. Maillard’s testimony using those particular words. He had a duty to “convey to the jury as trier of fact the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial”, and he must be afforded some latitude in determining the best way to do so: *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 61. A reasonable juror instructed in the manner described above would not have interpreted the impugned statement as an instruction that the jury could render a conviction based solely on Ms. Maillard’s testimony; see *Jaw*, at para. 24.

[55] The record establishes that the trial judge put great care into his jury charge and, in particular, into the instructions as to eyewitness evidence. The trial judge, for instance, gave a mid-trial instruction to the jury regarding the frailties of eyewitness testimony immediately after Ms. Maillard testified, in which he reiterated the problems with her evidence. At that time, he gave both parties an opportunity to object and make submissions requesting additional instructions, but neither counsel did so. Furthermore, prior to instructing the jury at the end of the trial, the judge held a pre-charge hearing, in which he accepted submissions on the instructions relating to eyewitness testimony. During that hearing, counsel for the Crown and both defendants were all asked to consider the paragraph Mr. Hay now impugns, and all counsel expressed satisfaction with its language. Counsel for Mr. Hay made several submissions regarding the problems

dont elle avait désigné la photo au cours de la séance d’identification. Il faut donc se montrer plus prudent à l’égard de son témoignage. [d.a., vol. V, p. 2186]

[54] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de ces directives, penser que le jury aurait déclaré M. Hay coupable sur la seule foi du témoignage oculaire de M^{me} Maillard relève de la fantaisie » (par. 48). La thèse de M. Hay revient essentiellement à affirmer que le juge du procès aurait dû prononcer des mots tels que « vous ne pouvez déclarer M. Hay coupable sur la base du seul témoignage de Leisa Maillard ». Or, le juge n’était pas obligé de s’en tenir à ces termes précis dans ses directives concernant la suffisance du témoignage de M^{me} Maillard. Il avait l’obligation « d’expliquer aux jurés — le juge des faits — les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès », et il faut lui laisser une certaine latitude dans le choix de la meilleure façon de le faire : *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, par. 61. Un juré raisonnable à qui on aurait donné la directive ci-dessus n’aurait pas interprété le passage contesté comme une indication qu’il pouvait rendre un verdict de culpabilité reposant uniquement sur le témoignage de M^{me} Maillard; voir *Jaw*, par. 24.

[55] Il ressort du dossier que le juge du procès a apporté beaucoup de soin à son exposé au jury et, plus particulièrement, aux directives concernant la preuve par témoin oculaire. Par exemple, en cours d’instance, immédiatement après le témoignage de M^{me} Maillard, il a exposé au jury les faiblesses de la preuve par témoin oculaire et a alors réitéré les problèmes notés dans son témoignage. À ce moment, il a offert aux deux parties l’occasion de formuler une objection et de présenter des observations demandant des directives supplémentaires, mais aucun des avocats ne s’en est prévalu. En outre, avant de présenter son exposé au jury à la fin de l’instruction, le juge a tenu une audience au cours de laquelle il a entendu les arguments des avocats à propos des directives concernant la preuve par témoin oculaire. Au cours de cette audience, les avocats du ministère public et des deux défendeurs ont été invités à examiner le passage que M. Hay

with Ms. Maillard's identification, each of which the trial judge made note of and subsequently included in his instructions to the jury. At no time during any of these hearings did any party express the view that the trial judge's instruction would convey to the jury that it could convict based on Ms. Maillard's testimony alone.

[56] For these reasons, I am of the view that the trial judge did not err in instructing the jury and would dismiss this ground of appeal.

B. *Motion to Adduce Fresh Evidence*

[57] As mentioned above, Mr. Hay has filed a motion to adduce expert evidence regarding the forensic testing of the hair clippings that the Crown introduced at trial. Mr. Hay argues that the fresh evidence establishes that the hair clippings did not come from a shave of Mr. Hay's scalp and that, as a result, acquittal or a new trial is warranted. I explain below that the motion to adduce fresh evidence should be granted and a new trial should be ordered.

(1) The Fresh Evidence

[58] Mr. Hay's fresh evidence consists of affidavits and cross-examinations of two forensic experts, in which each expert provides an opinion as to the percentage of hairs in the newspaper and the razor that came from Mr. Hay's scalp, as opposed to his face or trunk.

[59] Johanne Almer, a scientist at the Centre of Forensic Sciences, examined the hairs introduced at trial. In her initial report, she concluded, based on an examination of the diameter and shape of the individual hairs, that 68 percent of the hairs in the newspaper and 48 percent of the hairs in the

conteste à présent, et se sont dits satisfaits de sa formulation. L'avocat de M. Hay a formulé plusieurs arguments au sujet de problèmes relevés dans l'identification faite par M^{me} Maillard, et le juge les a tous pris en note avant de les intégrer dans ses directives au jury. Jamais au cours de ces audiences une partie n'a exprimé l'opinion que la directive du juge laisserait entendre au jury qu'il pourrait rendre un verdict de culpabilité fondé uniquement sur le témoignage de M^{me} Maillard.

[56] Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses directives au jury et que ce moyen d'appel doit être rejeté.

B. *Requête en production de nouveaux éléments de preuve*

[57] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Hay a demandé par requête l'autorisation de produire une expertise concernant l'analyse criminalistique des bouts de poils déposés en preuve par le ministère public lors du procès. Il soutient que cette nouvelle preuve établit qu'il ne s'agissait pas de cheveux qu'il avait rasés et qu'il faut en conséquence prononcer un verdict d'acquiescement ou ordonner la tenue d'un nouveau procès. J'explique plus loin qu'il y a lieu d'accueillir la requête en production de nouveaux éléments de preuve et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

(1) Les nouveaux éléments de preuve

[58] Ces nouveaux éléments de preuve apportés par M. Hay se composent des affidavits et des contre-interrogatoires de deux experts en criminalistique exposant leurs avis respectifs concernant le pourcentage de cheveux de M. Hay trouvés dans le journal et le rasoir par rapport au pourcentage de poils provenant de son visage ou de son tronc.

[59] Johanne Almer, scientifique travaillant au Centre des sciences judiciaires, a analysé les cheveux et les poils produits au procès. Dans son rapport initial, elle a conclu, après examen du diamètre et de la morphologie des poils et cheveux individuels, que 68 p. 100 des cheveux ou poils

razor were indicative of facial or trunk origin. The remaining hairs could have been facial, trunk or scalp hair.

[60] Scientist Richard Bisbing, a second expert, endorsed the methodology used by Ms. Almer. After examining the hairs and Ms. Almer's work, he concluded that "the samples from the two items are predominantly comprised of facial hairs" and that "[a]lthough the presence of some scalp hairs cannot be excluded, there is no indication of a large number of scalp hairs in either sample": Application Record, vol. I, Tab D, at p. 3.

[61] Mr. Bisbing recommended that a representative scalp hair be obtained from Mr. Hay to improve the accuracy of the testing. The Crown consented. After a representative scalp hair was obtained, Ms. Almer conducted further examination and produced a second report affirming her earlier conclusions. She reported that if a particular outlier hair from Mr. Hay's scalp sample was excluded from her calculations, she would conclude that at least 91 percent of the hairs from the newspaper and 70 percent of the hairs from the razor did not originate from Mr. Hay's scalp. Mr. Bisbing also conducted a second examination and agreed with Ms. Almer's findings. He concluded:

It can now be stated with a reasonable degree of scientific certainty that the hairs from the clipper (Item 87) and from the newspaper (Item 88) are populations of facial (beard) hair. Neither sample contains a significant number of scalp (head) hairs to challenge this conclusion. [Application Record, vol. I, Tab E, at p. 3]

[62] The Crown also hired two experts: David Exline, a hair analyst, and Dr. Jeffrey Rosenthal, a professor of statistics. Both experts conducted a paper review of Ms. Almer's and Mr. Bisbing's reports without personal examination of the hairs. Much of the Crown experts' analysis focused on whether it was proper to exclude a hair obtained from Mr. Hay's scalp that Ms. Almer and

prélevés dans le journal et 48 p. 100 de ceux prélevés dans le rasoir tiraient leur origine du visage ou du tronc. Le reste aurait pu provenir du visage, du tronc ou du cuir chevelu.

[60] Le deuxième expert, le scientifique Richard Bisbing, a approuvé la méthodologie suivie par M^{me} Almer. Après avoir examiné les cheveux et les poils ainsi que le travail de M^{me} Almer, il a conclu que [TRADUCTION] « dans les deux cas, les échantillons se composent principalement de poils faciaux » et que « [m]ême si on ne peut exclure la présence de cheveux, rien n'indique qu'il y en ait beaucoup dans chacun des échantillons » : dossier de demande, vol. I, onglet D, p. 3.

[61] M. Bisbing a recommandé que M. Hay fournisse un échantillon représentatif de ses cheveux afin d'améliorer l'exactitude des résultats, ce à quoi le ministère public a consenti. Après avoir obtenu cet échantillon, M^{me} Almer a procédé à d'autres examens et présenté un second rapport confirmant ses conclusions antérieures. Elle a noté qu'en excluant, dans ses calculs, un cheveu aberrant trouvé dans l'échantillon fourni par M. Hay, elle conclurait qu'au moins 91 p. 100 des cheveux ou poils prélevés dans le journal et 70 p. 100 de ceux prélevés dans le rasoir ne provenaient pas du cuir chevelu de M. Hay. M. Bisbing a lui aussi effectué un deuxième examen et a souscrit aux conclusions de M^{me} Almer, précisant comme suit dans sa conclusion :

[TRADUCTION] Il est à présent possible d'affirmer avec un degré raisonnable de certitude scientifique que ce qui se trouvait dans le rasoir (pièce 87) et dans le journal (pièce 88) était des ensembles de poils faciaux (barbe). Aucun des échantillons ne renferme un nombre significatif de cheveux permettant de contester cette conclusion. [dossier de demande, vol. I, onglet E, p. 3]

[62] Le ministère public a lui aussi retenu les services de deux experts : David Exline, spécialiste de l'analyse de la pilosité, et M. Jeffrey Rosenthal, professeur de statistique. Les deux experts ont analysé les rapports de M^{me} Almer et de M. Bisbing sans examiner eux-mêmes les cheveux ou poils. Une grande partie de leur analyse a porté sur la question de savoir s'il convenait d'exclure de

Mr. Bisbing considered to be an outlier. Both Mr. Exline and Dr. Rosenthal testified that they would have included the outlier hair. However, both also testified that such inclusion would not have a significant impact on the results and they would thus have reached conclusions similar to Ms. Almer and Mr. Bisbing. Consistent with Ms. Almer and Mr. Bisbing, Mr. Exline testified that although he could not say with absolute certainty that there were no scalp hairs among the hair clippings, there was, as a scientific matter, no evidence to support the proposition that the hair clippings represented a head shave.

(2) Whether the Motion to Adduce Fresh Evidence Should Be Granted

[63] This Court considered the discretion of an appellate court to admit fresh evidence under s. 610 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the predecessor of s. 683, in *Palmer*. The overriding consideration upon a motion to adduce fresh evidence is “the interests of justice”: *Criminal Code*, s. 683; *Palmer*, at p. 775. This requires consideration of the following principles:

- (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: see *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484.
- (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. [p. 775]

l'échantillon fourni par M. Hay le cheveu considéré comme aberrant par M^{me} Almer et M. Bisbing. Or, M. Exline et M. Rosenthal ont tous deux témoigné qu'ils auraient inclus ce cheveu, mais ont ajouté que cette inclusion n'aurait pas eu d'incidence significative sur les résultats et qu'ils seraient ainsi parvenus à des conclusions analogues à celles de M^{me} Almer et de M. Bisbing. Abondant dans le sens du témoignage de M^{me} Almer et de M. Bisbing, M. Exline a témoigné que, même s'il ne pouvait confirmer avec une certitude absolue l'absence de cheveux dans les bouts de poils mis en preuve, aucune preuve scientifique ne permettait d'affirmer qu'il s'agissait de cheveux.

(2) Y a-t-il lieu d'accueillir la requête en production de nouveaux éléments de preuve?

[63] Dans l'arrêt *Palmer*, notre Cour a analysé le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel de recevoir de nouveaux éléments de preuve en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, à présent l'art. 683. L'élément prépondérant dans l'examen d'une requête en production de nouveaux éléments de preuve est « l'intérêt de la justice » : *Code criminel*, art. 683; *Palmer*, p. 775. À cet égard, il importe d'examiner les principes suivants :

- (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 : voir *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484.
- (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. [p. 775]

Here, the Crown has conceded that the expert evidence Mr. Hay seeks to adduce is credible and thus satisfies the third factor. As I explain below, the consideration of the remaining factors leads to the conclusion that the fresh evidence should be admitted.

(a) *Due Diligence*

[64] The due diligence criterion exists to ensure finality and order — values essential to the integrity of the criminal process: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 19 (citing *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., at p. 411). The due diligence requirement calls for an appellate court to consider the reason why the evidence was not presented at trial: *G.D.B.*, at para. 20. However, this Court has recognized that “due diligence is not an essential requirement of the fresh evidence test, particularly in criminal cases” and that the “criterion must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice” (para. 19). Nonetheless, it is an important factor to be considered in the totality of the circumstances (*ibid.*).

[65] Here, Mr. Hay submits that the fresh evidence was not adduced at trial because his trial counsel was unaware that it was feasible to perform forensic testing to determine whether hair clippings originate from an individual’s scalp or another part of the body. Mr. Hay has submitted an affidavit from his trial counsel to that effect.

[66] In his reasons granting the order to release the two exhibits for forensic testing, Cromwell J. inferred from the evidence before him that it simply did not occur to any of the experienced criminal lawyers that forensic testing of this nature was feasible:

This sort of forensic testing was not conducted by the Crown in preparation for trial and was not requested on

En l’espèce, le ministère public a reconnu la plausibilité de l’expertise que M. Hay cherche à présenter, de sorte que le troisième facteur est respecté. Comme on le verra, l’examen des autres facteurs porte à conclure à l’admission des nouveaux éléments de preuve.

a) *Diligence raisonnable*

[64] Le facteur de la diligence raisonnable existe pour assurer le caractère définitif et le déroulement ordonné du processus judiciaire criminel — des valeurs essentielles à l’intégrité du processus en matière criminelle : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 19 (citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), le juge Doherty, p. 411). La condition de la diligence raisonnable oblige les cours d’appel à examiner la raison pour laquelle l’élément de preuve n’a pas été présenté au procès : *G.D.B.*, par. 20. Notre Cour a toutefois reconnu que « la diligence raisonnable n’[est] pas une condition essentielle d’admissibilité de nouveaux éléments de preuve, particulièrement dans les affaires criminelles » et que ce « critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire » (par. 19). Il s’agit néanmoins d’un facteur important qui doit s’apprécier en fonction de l’ensemble des circonstances (*ibid.*).

[65] Dans le présent pourvoi, M. Hay plaide que le nouvel élément de preuve n’a pas été présenté au procès parce que son avocat ignorait qu’il était possible, au moyen d’analyses criminalistiques, d’établir si l’on était en présence de cheveux ou de poils. M. Hay a déposé en ce sens un affidavit de l’avocat qui l’avait représenté au procès.

[66] Dans les motifs de l’ordonnance accueillant la requête sollicitant la production des deux pièces en vue d’une analyse criminalistique, le juge Cromwell a déduit de la preuve dont il disposait qu’il n’était simplement pas venu à l’esprit d’aucun des criminalistes d’expérience qu’une telle analyse était possible :

Aucune analyse de ce genre n’a été effectuée par le ministère public en vue du procès et on n’en a demandé

behalf of the defence until several months after the appeal to the Court of Appeal had been dismissed. Defence counsel at trial indicates in his affidavit that he was unaware that forensic analysis could distinguish between scalp and facial hairs. There is a letter in the record indicating that the applicant's counsel on the appeal to the Court of Appeal was similarly unaware of the feasibility of such testing. There is no evidence that the Crown was aware of this possibility. Given that it appears that no one requested such testing and the potential importance of the result which might be obtained, I would infer that it simply did not occur to any of the experienced criminal lawyers involved that this testing was available. [para. 8]

The parties have not provided any reason why this conclusion should be reconsidered.

[67] In general, mere lack of knowledge on the part of trial counsel without any indication that he inquired into the possibility of obtaining and presenting the evidence is a factor against admitting the evidence for the first time on appeal: *McMartin*, at pp. 490-91. However, in view of the fact that this is a criminal case, involving charges of the most serious nature, I would not allow the evidence to be excluded solely on the basis of a lack of diligence.

(b) *Whether the Evidence Bears on a Decisive or Potentially Decisive Issue*

[68] It cannot reasonably be disputed that Mr. Hay's fresh evidence bears on a decisive issue. As described above, the hair clippings from Mr. Hay's waste basket and electric razor were used in two ways. First, they were used to explain the discrepancy between the eyewitnesses' description of the shooter as having dreadlocks and the short length of Mr. Hay's hair at the time of his arrest. This was also how the Crown explained Ms. Maillard's inability to identify Mr. Hay based on his arrest photo. Second, the hair clippings were used to implicate Mr. Hay by suggesting that he had cut his hair immediately after the shooting as evidence of an after-the-fact attempt to change his appearance.

une, pour le compte de la défense, que plusieurs mois après le rejet de l'appel par la Cour d'appel. Dans son affidavit, l'avocat qui a occupé pour la défense au procès dit qu'il ne savait pas que des analyses scientifiques permettraient de distinguer les cheveux des poils faciaux. Une lettre au dossier indique que l'avocat ayant représenté le demandeur devant la Cour d'appel n'était pas non plus au courant de la possibilité de telles analyses. Rien ne prouve que le ministère public était au fait de cette possibilité. Puisqu'il semble que personne n'a demandé pareille analyse et, vu l'importance que pourraient avoir les résultats susceptibles d'être obtenus grâce à celle-ci, j'en déduis qu'il n'est tout simplement pas venu à l'esprit de l'un ou l'autre des criminalistes d'expérience concernés que pareilles analyses existaient. [par. 8]

Les parties n'ont invoqué aucune raison justifiant un réexamen de cette conclusion.

[67] En général, la seule ignorance de la part d'un avocat au procès, sans indication qu'il se soit informé de la possibilité d'obtenir et de produire l'élément de preuve, constitue un facteur jouant contre l'admission de l'élément en preuve pour la première fois en appel : *McMartin*, p. 490-491. Toutefois, comme il s'agit d'une affaire criminelle portant sur des accusations extrêmement graves, je n'exclurais pas la preuve sur le seul fondement du manque de diligence.

(b) *La preuve porte-t-elle sur une question décisive ou potentiellement décisive?*

[68] On ne peut raisonnablement contester que le nouvel élément de preuve que veut produire M. Hay porte sur une question décisive. Comme on l'a vu, les bouts de poils provenant de la corbeille et du rasoir de M. Hay ont été utilisés à deux fins. Premièrement, ils ont servi à expliquer pourquoi la description faite par des témoins oculaires selon laquelle le tireur portait des tresses rastas ne concordait pas avec les cheveux courts de M. Hay au moment de son arrestation. Ils ont aussi servi à expliquer pourquoi, selon le ministère public, M^{me} Maillard avait été incapable d'identifier M. Hay à partir de la photo prise le jour de son arrestation. Deuxièmement, les bouts de poils ont servi à impliquer M. Hay en donnant à entendre qu'il s'était coupé les cheveux immédiatement après la fusillade, ce qui indiquait qu'il avait tenté après le fait de modifier son apparence.

[69] The evidence was therefore directly relevant to whether Mr. Hay was in fact the shooter in the blue/green shirt.

(c) *Whether the Evidence Could Reasonably Be Expected to Have Affected the Result*

[70] The fresh evidence that Mr. Hay seeks to adduce could reasonably be expected to have affected the jury's verdict. The import of the hair clippings is evident from comments made by the trial judge and Crown counsel, the jury charge and the Court of Appeal's analysis, each of which I describe below.

[71] Although the Crown has sought to downplay the significance of the hair evidence in this appeal, it relied heavily on the haircut evidence at trial. In his closing address, for instance, Crown counsel painted the following picture for the jury:

When they came home, they convened at the back of the house. Mr. Hay took off his shirt and they began to task divide. They took Eunick's bloody clothes to wash them. At some point, an old piece of newspaper was laid out, and Leighton Hay's short, short dreads were shaved off, possibly by himself but more likely by Mr. Eunick because he knows how to cut hair. They were then dumped into the toilet. They were taken off, and only the small hairs that weighed the least stuck to that newspaper, and he crumpled it up and threw it in the garbage, and that's where it was, right on top, the last thing put in. Everything else was flushed.

Mr. House makes something of the date of that newspaper. If I understood his submission, the last time Leighton Hay would have shaved was June 18th. But he keeps his hair shears for shaving in his night table. He shaved his head that night. He threw the short dreads down the toilet. He left just the small clippings in that piece of newspaper.

Mr. House, if he suggested to you — and I thought he did — that they were all over the newspaper, they weren't; they were wrapped up inside it. Detective Sergeant Tony

[69] La preuve se rapporte donc directement à la question de savoir si M. Hay était bien le tireur à la chemise bleue/verte.

c) *Peut-on raisonnablement penser que l'élément de preuve aurait influé sur le résultat?*

[70] On peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve que M. Hay cherche à faire admettre auraient influé sur le verdict du jury. Des remarques du juge du procès et de l'avocat du ministère public, l'exposé du juge au jury et l'analyse de la Cour d'appel témoignent tous de l'importance que revêtaient les bouts de poils. Je décrirai ici chacun de ces éléments.

[71] Bien qu'ayant cherché dans le présent pourvoi à minimiser l'importance des bouts de poils, le ministère public s'est fortement appuyé au procès sur la preuve relative à la coupe de cheveux. En plaidoirie, par exemple, l'avocat du ministère public a peint le tableau suivant à l'intention du jury :

[TRADUCTION] À leur arrivée à la maison, ils se sont réunis à l'arrière de la maison. M. Hay a enlevé son tee-shirt et ils se sont partagé les tâches. Ils ont pris les vêtements maculés de sang d'Eunick pour les laver. À un certain moment, une vieille feuille de journal a été étalée, et les très courtes tresses de Leighton Hay ont été rasées. Il les a peut-être rasées lui-même, mais il est plus probable que ce soit M. Eunick qui l'ait fait parce qu'il sait couper les cheveux. Les tresses ont ensuite été jetées dans la cuvette de la toilette. Il les a donc enlevées, et seuls les petits bouts de poils les plus légers ont adhéré au journal, qu'il a ensuite roulé en boule avant de le jeter à la poubelle. C'est là que se trouvait la feuille de journal, sur le dessus, car c'est la dernière chose qui y a été mise. Tout le reste est parti à l'égout.

Mr. House veut tirer argument de la date du journal. Si je comprends bien ce qu'il avance, Leighton Hay se serait rasé pour la dernière fois le 18 juin. Mais il conserve dans sa table de nuit le rasoir à cheveux dont il se sert. Il s'est rasé la tête cette nuit-là. Il a jeté les courtes tresses dans la cuvette de la toilette. Il n'a laissé que les petits bouts de poils dans la feuille de journal.

Mr. House, s'il vous a laissé entendre — et je crois qu'il l'a fait — qu'il y en avait partout sur la feuille, ce n'était pas le cas; ils étaient enveloppés à l'intérieur. Le

Smith testified to that. And he threw them in the garbage. And the reason was to alter his appearance. There wouldn't be much point in hiding clothes and bullets, and leaving hair in the waste bin. It was in the toilet. [Emphasis added; A.R., vol. VI, at pp. 128-29.]

[72] Further, in comments made during the trial in the absence of the jury and witnesses, the trial judge recognized that if the Crown could establish that Mr. Hay shaved his head in the morning following the shootings, it would be “powerful evidence” of his “identity” as the shooter and that “he did it to alter his appearance”: A.R., vol. II, at p. 928.

[73] The significance of the hair clippings was also reflected in the jury charge. The trial judge instructed the jury that because Mr. Hay had a shaved head at the time of his arrest, the jury “must consider whether the evidence establishes that Leighton Hay shaved his head that night after he got home”: A.R., vol. V, at p. 2153 (emphasis added). He instructed the jury that it must consider confirmatory evidence before relying on Ms. Maillard’s eyewitness testimony, given the frailties of eyewitness identifications and her inability to identify Mr. Hay at the second photo lineup and the preliminary inquiry. He repeated multiple times that the Crown’s explanation for Ms. Maillard’s inability to identify Mr. Hay based on his arrest photo hinged on proving that Mr. Hay had cut his hair after the murder, for which the only evidence was the hair clippings.

[74] The Court of Appeal too recognized that the hair clipping evidence was significant to the Crown’s case. In concluding that the jury’s verdict was not unreasonable, the Court of Appeal explained that the hair clippings allowed for a “powerful inference” of guilt which was sufficient to “tip the scales and put this case over the unreasonable verdict threshold” (para. 36). Given the significance of the haircut to the Crown’s case, Mr. Hay’s fresh

sergent détective Tony Smith a témoigné de ce fait. Et il les a jetés dans la poubelle. Et c’était pour modifier son apparence. Il n’aurait pas été très logique de cacher les vêtements et les balles, et de laisser les cheveux dans la poubelle. Ils ont été jetés dans la toilette. [Je souligne; d.a., vol. VI, p. 128-129.]

[72] De plus, dans des observations présentées au cours du procès en l’absence du jury et des témoins, le juge du procès a reconnu que si le ministère public pouvait établir que M. Hay s’était rasé la tête le matin suivant la fusillade, cela constituerait un [TRADUCTION] « élément solide de preuve l’identifiant » au tireur et indiquant qu’« il l’avait fait pour modifier son apparence » : d.a., vol. II, p. 928.

[73] L’exposé du juge au jury révèle lui aussi l’importance des bouts de poils. Il comportait la directive selon laquelle le jury [TRADUCTION] « [devait] vérifier si la preuve établi[ssait] que Leighton Hay s’[était] rasé la tête cette nuit-là à son retour à la maison », parce que celui-ci avait la tête rasée au moment de son arrestation : d.a., vol. V, p. 2153 (je souligne). Le juge a indiqué au jury qu’il devait examiner la question des éléments de preuve corroborants avant de s’appuyer sur le témoignage de M^{me} Maillard, et ce, à cause des faiblesses de la preuve d’identification par témoin oculaire et de l’incapacité de cette dernière d’identifier M. Hay lors de la seconde séance d’identification photographique et aussi lors de l’enquête préliminaire. Le juge a d’ailleurs maintes fois répété que, pour expliquer l’incapacité de M^{me} Maillard d’identifier M. Hay à partir de la photo prise lors de son arrestation, le ministère public devait établir que M. Hay s’était coupé les cheveux après le meurtre, et que la seule preuve de ce fait résidait dans les bouts de poils.

[74] La Cour d’appel a elle aussi reconnu l’importance de la preuve relative aux bouts de poils pour la thèse du ministère public. En concluant que le verdict du jury n’était pas déraisonnable, elle a expliqué que les bouts de poils permettaient de tirer [TRADUCTION] « une inférence solide » de culpabilité, suffisante pour « faire pencher la balance et élever le verdict au-dessus du seuil sous lequel un verdict est déraisonnable » (par. 36). Compte

evidence indicating that the hair clippings did not come from a scalp shave could reasonably be expected to have affected the result.

[75] For these reasons, I would grant Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence.

(3) The Appropriate Remedy

[76] Having concluded that Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence should be granted, I turn to the appropriate remedy. This Court has explained that where an appeal court is of the view that fresh evidence would be conclusive of the issues in the case, it should dispose of the matter accordingly: *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, at p. 492. However, where the fresh evidence is not so decisive that it would allow an immediate disposition of the matter, but it nonetheless has sufficient probative force that, if accepted by the trier of fact, it might have altered the result of the trial, an appeal court should admit the evidence and direct a new trial: *ibid.*; *Palmer*, at pp. 776-77.

[77] The appropriate remedy here is a new trial. As I have explained above, the expert evidence indicating that the hair clippings did not result from a scalp shave could reasonably be expected to have affected the verdict. However, it is not so decisive as to allow an immediate disposition in the form of an acquittal. The Crown, in its submissions on the motion to adduce fresh evidence, has raised the possibility of certain limitations or gaps in the expert evidence adduced in this appeal. The interests of justice require that the Court remit the matter for a new trial, in which the Crown would have the opportunity to adduce evidence challenging the reliability of the fresh evidence.

tenu de l'importance de la question de la coupe de cheveux pour le ministère public, on peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve indiquant que ce qui avait été mis en preuve n'était pas des cheveux rasés auraient influé sur le résultat.

[75] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve.

(3) La réparation appropriée

[76] Ayant conclu qu'il y a lieu de faire droit à la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve, j'aborde la question de la réparation appropriée. Notre Cour a expliqué que si une cour d'appel juge qu'un nouvel élément de preuve serait concluant quant aux questions en litige, elle peut statuer sur l'affaire en conséquence : *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, p. 492. Toutefois, si le nouvel élément de preuve n'est pas décisif au point de permettre à la cour d'appel de statuer immédiatement sur l'affaire, mais qu'il revêt néanmoins une force probante telle qu'il aurait pu changer l'issue du procès s'il avait été accepté par le juge des faits, la cour d'appel devrait alors admettre l'élément de preuve et ordonner la tenue d'un nouveau procès : *ibid.*; *Palmer*, p. 776-777.

[77] La réparation appropriée en l'espèce est la tenue d'un nouveau procès. Comme je l'ai expliqué, on peut raisonnablement penser que l'expertise indiquant que ce qui avait été mis en preuve n'était pas des cheveux aurait influé sur le verdict. Cette expertise, toutefois, n'est pas décisive au point de justifier une décision immédiate sous la forme d'un acquittement. Dans son argumentation relative à la requête en production de nouveaux éléments de preuve, le ministère public a évoqué de possibles limites ou lacunes touchant l'expertise présentée en l'espèce. Il est donc dans l'intérêt de la justice que la Cour ordonne la tenue d'un nouveau procès au cours duquel le ministère public aura l'occasion de présenter une preuve contestant la fiabilité des nouveaux éléments de preuve.

VI. Conclusion

[78] For the foregoing reasons, Mr. Hay’s motion to adduce fresh evidence is granted and the appeal is allowed. The matter is remanded for retrial.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[79] Like Justice Rothstein, and for the reasons he has given, I would grant the appellant’s motion to adduce fresh evidence and order a new trial.

[80] Our sole disagreement relates to the trial judge’s charge concerning the evidence of Leisa Maillard. Justice Rothstein finds that the trial judge did not instruct the jury that it could convict the appellant, Leighton Hay, on the evidence of Ms. Maillard alone. With respect, I believe that he did.

[81] As we shall see, the trial judge and counsel evidently thought so too. The jury can hardly have understood the judge’s charge differently.

[82] This error is in my view fatal, though the judge’s charge was otherwise flawless and eminently fair. And I think it right to add that the law in this regard is more certain now than it was at the time of trial.

II

[83] Leighton Hay stands convicted of first degree murder and attempted murder. Leisa Maillard was the only eyewitness who implicated Mr. Hay in the fatal shooting of the victim. In a photo lineup conducted by the police, Ms. Maillard said she was “about 80 percent” sure that Mr. Hay was the shooter, but could not answer that question “yes or no”. She did not identify Mr. Hay in court. Other significant frailties in her evidence are well

VI. Conclusion

[78] Pour ces motifs, il est fait droit à la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve, et l’appel est accueilli. L’affaire est renvoyée pour la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[79] À l’instar du juge Rothstein et pour les motifs qu’il expose, je suis d’avis d’accueillir la requête de l’appelant en production de nouveaux éléments de preuve et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[80] Notre désaccord ne porte que sur les directives du juge du procès concernant le témoignage de Leisa Maillard. Selon le juge Rothstein, le juge du procès n’a pas dit au jury qu’il pouvait déclarer coupable l’appelant, Leighton Hay, sur la foi du seul témoignage de M^{me} Maillard. Avec égards, je crois qu’il l’a fait.

[81] De toute évidence, comme nous le verrons, le juge du procès et l’avocat du ministère public étaient aussi de cet avis. Le jury n’a sans doute pas interprété différemment l’exposé du juge.

[82] Cette erreur me semble fatale, bien que l’exposé du juge était par ailleurs irréprochable et éminemment juste. Et je crois opportun d’ajouter que le droit en la matière est plus clair aujourd’hui qu’il l’était au moment du procès.

II

[83] Leighton Hay a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre. Leisa Maillard est le seul témoin oculaire ayant impliqué M. Hay dans le meurtre de la victime. Lors d’une séance d’identification photographique tenue par les policiers, M^{me} Maillard a dit être certaine [TRADUCTION] « à environ 80 p. 100 » que M. Hay était le tireur, mais elle ne pouvait pas répondre « par oui ou par non » à cette question. Elle n’a

set out in the reasons of Justice Rothstein (notably at paras. 15-23 and, compendiously, at para. 42).

[84] In his pre-charge submissions, Crown counsel nonetheless asked the judge to instruct the jury that they could convict Mr. Hay on the evidence of one eyewitness alone (A.R., vol. V, at pp. 2004, 2008 and 2011). Counsel made clear that he was referring specifically to the testimony of Ms. Maillard (pp. 2008 and 2014). Indeed, he could hardly have been referring to anyone else: As mentioned earlier, *no other eyewitness implicated Mr. Hay*.

[85] Quite properly, Crown counsel assured the trial judge that he “want[ed] to be able to fashion [his] closing address to the jury in a way that’s responsible and *consistent with what you’re going to be telling them*” (A.R., vol. V, at p. 2014; unless otherwise indicated, the emphasis throughout is mine). The trial judge replied that he “[did not] have a problem” with the Crown’s request and indicated that he would charge the jury to that effect, though not necessarily in the wording proposed (pp. 2011 and 2014).

[86] In his closing address, Crown counsel proceeded on that understanding. This was apparent from the very outset:

I suspect His Honour will also tell you, after considering the strength of eyewitness testimony *you’re entitled to convict on it alone* if it persuades you, beyond a reasonable doubt, that the person identified was the shooter. [A.R., vol. VI, at p. 111]

[87] The Crown then emphasized to the jury that this principle applied to the testimony of Leisa Maillard:

The lawyer [for Mr. Hay] has made much of the fact that [Ms. Maillard] said 80 percent. She explained to you what she meant. 80 percent is of the picture, because it may be an older picture. . . . If you accept her explanation

pas identifié M. Hay en salle d’audience. D’autres faiblesses importantes de sa déposition sont bien exposées dans les motifs du juge Rothstein (notamment aux par. 15-23 et, en résumé, au par. 42).

[84] Dans les observations qu’il a faites avant l’exposé au jury, l’avocat du ministère public a malgré tout demandé au juge d’expliquer au jury qu’il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la base de la déposition d’un seul témoin oculaire (d.a., vol. V, p. 2004, 2008 et 2011). L’avocat a clairement indiqué qu’il parlait précisément du témoignage de M^{me} Maillard (p. 2008 et 2014). En fait, il ne pouvait guère parler de qui que ce soit d’autre : je le répète, *aucun autre témoin oculaire n’a impliqué M. Hay*.

[85] À juste titre, l’avocat du ministère public a donné au juge du procès l’assurance qu’il [TRADUCTION] « [voulait] être en mesure d’adapter [son] exposé final au jury de façon responsable et *en conformité avec ce que [le juge allait] leur dire* » (d.a., vol. V, p. 2014; sauf indication contraire, dans les présents motifs, les italiques sont ajoutées). Le juge du procès a répondu que la demande du ministère public [TRADUCTION] « ne [lui] pos[ait] pas de problème » et a précisé qu’il donnerait au jury des directives en ce sens, quoique pas nécessairement avec la formulation proposée (p. 2011 et 2014).

[86] L’avocat du ministère public s’est exprimé selon cette entente dans sa plaidoirie finale. Cela était évident dès le tout début :

[TRADUCTION] J’imagine que monsieur le Juge vous dira également qu’après avoir évalué la force probante de la déposition du témoin oculaire, *vous êtes habilités à conclure à la culpabilité sur la seule foi de cette déposition* si elle vous convainc, hors de tout doute raisonnable, que la personne identifiée était le tireur. [d.a., vol. VI, p. 111]

[87] Le ministère public a ensuite souligné au jury que ce principe s’appliquait au témoignage de Leisa Maillard :

[TRADUCTION] L’avocat [de M. Hay] a beaucoup insisté sur le fait que [M^{me} Maillard] avait dit 80 p. 100. Elle vous a expliqué ce qu’elle voulait dire par là. Les mots 80 p. 100 renvoient à la photo, parce qu’il peut

— there’s no reason not to — *you can convict on the photo lineup and [her] visceral reaction [to it] all alone.* If you’re troubled by it, then your troubles will be wiped away by the overwhelming confirmatory evidence in this case, which under Canadian law makes up for any frailties you might find in the photo lineup. [A.R., vol. VI, at p. 117]

And again:

You could, in this case, convict Leighton Hay on Leisa Maillard’s photo lineup . . . [p. 119]

[88] At no point in his charge did the able and experienced trial judge correct these assertions by the Crown. This confirms to me, particularly in light of the pre-charge discussions, that they conformed to the judge’s own understanding of the law.

[89] Pursuant to the Crown’s closing argument, the jury would thus have assumed that it was entitled to convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard’s eyewitness “identification”.

[90] Unfortunately, this misapprehension of the law was soon to be reinforced by the trial judge in his own instructions to the jury.

[91] Early in his charge, the trial judge made clear to the jury that “the main issue in this trial is the identity of the people who murdered Collin Moore” (A.R., vol. V, at p. 2144). He then explained the dangers associated with reliance on eyewitness evidence to establish guilt. Then, in some measure echoing Crown counsel’s prior submission, he instructed the jury as follows:

. . . you should look for confirmatory evidence to support the eyewitness identification evidence. If you find other evidence to support the eyewitness identification evidence, you may decide that the frailties associated

s’agir d’une photo plus ancienne. [. . .] Si vous acceptez son explication — et il n’y a aucune raison de ne pas le faire — *vous pouvez conclure à la culpabilité sur le seul fondement de l’identification faite à partir d’une série de photos et de [la] réaction viscérale [que la séance a suscitée chez elle].* Si cette explication vous préoccupe, alors vos préoccupations seront dissipées par l’imposante preuve corroborante produite en l’espèce qui, en droit canadien, compense toute faiblesse que vous pourriez déceler dans la séance d’identification photographique. [d.a., vol. VI, p. 117]

Et encore :

En l’espèce, vous pourriez déclarer M. Hay coupable sur la foi de l’identification faite par Leisa Maillard à partir d’une série de photos . . . [p. 119]

[88] Le compétent et chevronné juge du procès n’a jamais corrigé dans son exposé ces affirmations du ministère public. Cela me confirme, surtout au vu des propos échangés avant l’exposé, que ces affirmations correspondaient à la façon dont le juge envisageait le droit.

[89] Aux termes de la plaidoirie finale du ministère public, le jury aurait ainsi tenu pour acquis qu’il était habilité à déclarer M. Hay coupable en se fondant uniquement sur l’« identification » faite par M^{me} Maillard, le témoin oculaire.

[90] Malheureusement, le juge du procès n’a pas tardé à renforcer cette conception erronée du droit dans ses propres directives adressées au jury.

[91] Au début de son exposé, le juge du procès a clairement indiqué au jury que [TRADUCTION] « la principale question en litige dans ce procès est l’identité des personnes qui ont tué Collin Moore » (d.a., vol. V, p. 2144). Il a ensuite expliqué les dangers liés au fait de se fonder sur la déposition de témoins oculaires pour établir la culpabilité. Puis, reprenant dans une certaine mesure l’observation faite auparavant par l’avocat du ministère public, le juge a donné au jury les explications suivantes :

[TRADUCTION] . . . vous devez rechercher des éléments de preuve corroborants étayant la preuve d’identification par témoin oculaire. Si vous trouvez d’autres éléments de preuve appuyant l’identification par un témoin oculaire,

with a conviction based only on identification evidence [have] been discounted. It will be up to you.

But even if you find no confirmatory evidence — even though you are to exercise caution because of the frailties of eyewitness identification evidence — *you are, nevertheless, entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness* if you accept that witness' identification and find that it proves guilt beyond a reasonable doubt. [A.R., vol. V, at p. 2146]

[92] Thus, although the trial judge urged caution, he informed the jury in unmistakable terms that the testimony of one eyewitness could properly ground a conviction. The jury would therefore have understood that this rule applied unless instructed otherwise for a particular witness. No such instruction was ever given.

[93] More particularly, the trial judge never told the jury that his general instructions that I have just quoted did not apply to the testimony of Leisa Maillard. On the contrary, soon afterward, he explained that identification evidence is stronger if the accused was previously known to the witness. And he related this instruction *specifically* to “the evidence against Leighton Hay” (A.R., vol. V, at p. 2148). This was indisputably a direct reference to Ms. Maillard's evidence implicating Mr. Hay.

[94] In any event, there could be no confusion regarding which defendant the trial judge was referring to when he instructed the jury that it was “entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness” (A.R., vol. V, at p. 2146). Several eyewitnesses identified Mr. Hay's co-accused, Gary Eunick, as one of the shooters. Only Mr. Hay was identified by “a single eyewitness” — Ms. Maillard (*ibid.*). Accordingly, the only meaningful application of this general instruction was in regard to Ms. Maillard's testimony.

vous pouvez décider que la fragilité d'une déclaration de culpabilité fondée uniquement sur la preuve d'identification a été écartée. C'est à vous qu'appartient cette décision.

Mais même si vous ne trouvez aucun élément de preuve corroborant — bien que vous deviez faire preuve de prudence en raison des faiblesses de la preuve d'identification par témoin oculaire — *vous pouvez malgré tout rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d'un seul témoin oculaire* si vous acceptez cette identification et jugez qu'elle établit la culpabilité hors de tout doute raisonnable. [d.a., vol. V, p. 2146]

[92] Ainsi, bien que le juge du procès ait exhorté le jury à la prudence, il lui a fait savoir sans équivoque que la déposition d'un seul témoin oculaire pouvait fonder une déclaration de culpabilité. Le jury aurait donc compris que cette règle s'appliquait à moins que le juge lui ait donné une directive contraire à l'égard d'un témoin en particulier. Aucune directive de la sorte ne lui a été donnée.

[93] Plus précisément, le juge du procès n'a jamais dit au jury que ses directives générales, que je viens de citer, ne valaient pas pour le témoignage de Leisa Maillard. Au contraire, il a expliqué peu après que la preuve d'identification est plus solide si le témoin connaissait déjà l'accusé. Et il a fait *explicitement* le lien entre ces directives et [TRADUCTION] « la preuve contre Leighton Hay » (d.a., vol. V, p. 2148). À n'en pas douter, il renvoyait ainsi directement au témoignage de M^{me} Maillard impliquant M. Hay.

[94] Quoi qu'il en soit, il ne peut y avoir de doute sur l'identité du défendeur dont parlait le juge du procès lorsque ce dernier a dit aux jurés qu'ils [TRADUCTION] « pouv[ai]ent [. . .] rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d'un seul témoin oculaire » (d.a., vol. V, p. 2146). Plusieurs témoins oculaires ont identifié le coaccusé de M. Hay, Gary Eunick, avec l'un des tireurs. Seul M. Hay a été identifié par « un seul témoin oculaire », M^{me} Maillard (*ibid.*). En conséquence, cette directive générale ne valait de manière significative que pour le témoignage de M^{me} Maillard.

[95] The judge’s subsequent instructions regarding Ms. Maillard’s evidence, if anything, reinforced Crown counsel’s uncorrected statement to the jury that they could convict Mr. Hay on her photo identification alone — and reinforced as well the judge’s own instruction to the same effect (reproduced above at para. 91).

[96] For example, in terms virtually identical to the judge’s general caution regarding eyewitness identification evidence, he later instructed the jury that it “*should* look for other evidence confirming her identification” (A.R., vol. V, at p. 2181). Manifestly, the term “*should*” deprives this instruction of imperative force. And, with respect, I am unable to find in this or any other passage that the trial judge “instructed the jury that it *must* look to confirmatory evidence” (my colleague’s reasons, at para. 39).

[97] Finally, near the very end of his charge, the trial judge once again indicated to the jury that they could convict Mr. Hay on the evidence of Ms. Maillard alone. Without any suggestion that this was wrong in law, the trial judge referred to Crown counsel’s submission that “just based on *Leisa Maillard’s evidence alone* you should be sure that the shooter was Leighton Hay” (A.R., vol. V, at p. 2245).

[98] As mentioned at the outset and with the greatest of respect, I am unable in light of this record to conclude that the trial judge did not instruct the jury that it could convict Mr. Hay on the evidence of Ms. Maillard alone.

III

[99] The Court of Appeal held, at para. 48, that “[i]n the face of [the jury] instructions, it is fanciful to think that the jury would have convicted Hay solely on the eye-witness testimony of

[95] À tout le moins, les directives subséquentes du juge relatives au témoignage de M^{me} Maillard ont donné plus de poids à la déclaration non corrigée faite par l’avocat du ministère public aux jurés, selon laquelle ils pouvaient déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement de son identification par M^{me} Maillard à partir d’une photo, et ont aussi donné plus de poids à la directive du juge lui-même en ce sens (reproduite au par. 91).

[96] Par exemple, le juge a par la suite dit au jury, en des termes pratiquement identiques à sa mise en garde générale concernant la preuve d’identification par un témoin oculaire, qu’il [TRADUCTION] « [*devrait*] rechercher d’autres éléments de preuve confirmant l’identification [faite par M^{me} Maillard] » (d.a., vol. V, p. 2181). Le mot « *devrait* » enlève manifestement tout caractère impératif à cette directive. Et, avec égards, je ne peux conclure de cet extrait, ou de tout autre, que le juge du procès « a [. . .] donné comme directive au jury qu’il *devait* rechercher des éléments de preuve corroborants » (motifs du juge Rothstein, par. 39).

[97] Finalement, vers la toute fin de son exposé, le juge du procès a de nouveau indiqué au jury qu’il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le fondement du seul témoignage de M^{me} Maillard. Sans aucunement laisser entendre que cette affirmation était erronée en droit, le juge du procès a repris le propos de l’avocat du ministère public suivant lequel [TRADUCTION] « compte tenu *uniquement du témoignage de Leisa Maillard*, vous devriez être certains que Leighton Hay était le tireur » (d.a., vol. V, p. 2245).

[98] Comme je l’ai mentionné au début, et avec égards pour l’opinion de mon collègue, il m’est impossible de conclure, à la lumière du dossier en l’espèce, que le juge du procès n’a pas expliqué au jury qu’il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la foi du seul témoignage de M^{me} Maillard.

III

[99] La Cour d’appel a statué au par. 48 de ses motifs que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de ces directives [données au jury], penser que le jury aurait déclaré M. Hay coupable sur la seule foi du

Ms. Maillard.” My colleague Justice Rothstein agrees (para. 54).

[100] Though patently speculative and certainly unverifiable, that may in fact be so. In light of the trial judge’s effort to make clear to the jury that it should be cautious before convicting Mr. Hay based solely on Ms. Maillard’s identification, it does appear unlikely that the jury convicted Mr. Hay without any regard to the confirmatory evidence. Whether that is the case, however, is a question that we are neither called upon nor entitled to resolve.

[101] Rather, the issue that concerns us here is whether the trial judge erred in his instructions to the jury, and not with why the jury decided as it did — a matter beyond our ken.

IV

[102] As stated at the outset, I agree with Justice Rothstein that the appellant’s motion to adduce fresh evidence should be granted, that the appeal should be allowed and that a new trial should be ordered.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto; Joanne McLean, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

témoignage oculaire de M^{me} Maillard relève de la fantaisie. » Mon collègue le juge Rothstein partage cet avis (par. 54).

[100] Bien que ce propos relève manifestement de la conjecture et que son bien-fondé ne puisse sûrement pas être vérifié, c’est peut-être ce qui s’est effectivement passé. Comme le juge du procès s’est employé à préciser au jury qu’il devait faire preuve de prudence avant de déclarer M. Hay coupable en se fondant uniquement sur l’identification faite par M^{me} Maillard, il semble en fait peu probable que le jury ait déclaré M. Hay coupable sans tenir compte de la preuve corroborante. Nous ne sommes toutefois pas appelés ni autorisés à résoudre la question de savoir si c’est le cas ou non.

[101] La question qui nous intéresse en l’espèce est de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury, et non pas de savoir pourquoi le jury a rendu la décision qu’il a rendue, un point qui nous dépasse.

IV

[102] Comme je l’ai indiqué au début, je partage l’avis du juge Rothstein qu’il y a lieu de faire droit à la requête de l’appelant en production de nouveaux éléments de preuve, d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto; Joanne McLean, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

**Information and Privacy Commissioner
of Alberta** *Appellant*

v.

**United Food and Commercial Workers, Local
401** *Respondent*

- and -

Attorney General of Alberta *Appellant*

v.

**United Food and Commercial Workers,
Local 401** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Privacy Commissioner of Canada,
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association,
Information and Privacy
Commissioner of Ontario,
Coalition of British Columbia Businesses,
Merit Canada,
Information and Privacy Commissioner
of British Columbia,
and Alberta Federation of
Labour** *Intervenors*

**INDEXED AS: ALBERTA (INFORMATION AND
PRIVACY COMMISSIONER) v. UNITED FOOD AND
COMMERCIAL WORKERS, LOCAL 401**

2013 SCC 62

File No.: 34890.

2013: June 11; 2013: November 15.

**Information and Privacy Commissioner
of Alberta** *Appelant*

c.

**Travailleurs et travailleuses unis de
l'alimentation et du commerce, section locale
401** *Intimé*

- et -

Procureur général de l'Alberta *Appelant*

c.

**Travailleurs et travailleuses unis de
l'alimentation et du commerce,
section locale 401** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
commissaire à la protection de
la vie privée du Canada,
Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique,
commissaire à l'information et à la protection
de la vie privée de l'Ontario,
Coalition of British Columbia Businesses,
Merit Canada,
Information and Privacy Commissioner
of British Columbia,
et Alberta Federation of Labour** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (INFORMATION AND
PRIVACY COMMISSIONER) c. TRAVAILLEURS ET
TRAVAILLEUSES UNIS DE L'ALIMENTATION ET DU
COMMERCE, SECTION LOCALE 401**

2013 CSC 62

N° du greffe : 34890.

2013 : 11 juin; 2013 : 15 novembre.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

Constitutional law — Charter of rights — Freedom of expression — Labour relations — Privacy — Union video-taping and photographing individuals crossing its picket line for use in its labour dispute — Whether legislation restricting the collection, use and disclosure of personal information violates union's expressive right under s. 2(b) of Charter and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Relations de travail — Droit à la vie privée — Syndicat filme et photographie des personnes franchissant sa ligne de piquetage pour se servir des enregistrements dans le cadre du conflit de travail en cours — La loi qui restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression du syndicat protégé par l'art. 2b) de la Charte et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

During a lawful strike lasting 305 days, both the Union and the employer video-taped and photographed individuals crossing the picketline. The Union posted signs in the area of the picketing stating that images of persons crossing the picketline might be placed on a website. Several individuals who were recorded crossing the picketline filed complaints with the Alberta Information and Privacy Commissioner. The Commissioner appointed an Adjudicator to decide whether the Union had contravened the *Personal Information Protection Act (PIPA)*. The Adjudicator concluded that the Union's collection, use and disclosure of the information was not authorized by *PIPA*. On judicial review, *PIPA* was found to violate the Union's rights under s. 2(b) of the *Charter*. The Court of Appeal agreed and granted the Union a constitutional exemption from the application of *PIPA*.

À l'occasion d'une grève légale qui a duré 305 jours, tant le syndicat que l'employeur ont enregistré des vidéos et pris des photos de personnes en train de franchir la ligne de piquetage. Le syndicat a installé des affiches à l'intérieur de la zone de piquetage annonçant que les images des personnes qui franchissaient la ligne étaient susceptibles d'être publiées sur un site Web. Plusieurs des personnes filmées ou photographiées en train de franchir la ligne de piquetage ont déposé une plainte auprès du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta. Ce dernier a désigné une arbitre chargée de décider si le syndicat avait contrevenu à la *Personal Information Protection Act (PIPA)*. L'arbitre a conclu que la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements par le syndicat n'étaient pas autorisées par la *PIPA*. Lors d'un contrôle judiciaire, il a été jugé que la *PIPA* portait atteinte aux droits du syndicat protégés par l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel s'est dite d'accord et a accordé au syndicat une exemption constitutionnelle quant à l'application de la *PIPA*.

Held: The appeal is substantially dismissed.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté en grande partie.

PIPA establishes a general rule that organizations cannot collect, use or disclose personal information without consent. None of *PIPA*'s exemptions permit the Union to collect, use and disclose personal information for the purpose of advancing its interests in a labour dispute. The central issue is whether *PIPA* achieves a constitutionally acceptable balance between the interests of individuals in controlling the collection, use and disclosure of their personal information and a union's freedom of expression.

La *PIPA* pose comme règle générale que les organisations ne peuvent recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels sans le consentement des intéressés. Aucune des exceptions prévues par la *PIPA* ne permet au syndicat de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels en vue de faire valoir ses intérêts dans le cadre d'un conflit de travail. La question principale est celle de savoir si la *PIPA* atteint un équilibre acceptable sur le plan constitutionnel entre,

To the extent that *PIPA* restricts collection for legitimate labour relations purposes, it is in breach of s. 2(b) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

The purpose of *PIPA* is to enhance an individual's control over his or her personal information by restricting the collection, use and disclosure of personal information without that individual's consent. The objective of providing an individual with this measure of control is intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values.

But the *Act* does not include any mechanisms by which a union's constitutional right to freedom of expression may be balanced with the interests protected by the legislation. This Court has long recognized the fundamental importance of freedom of expression in the context of labour disputes. *PIPA* prohibits the collection, use, or disclosure of personal information for many legitimate, expressive purposes related to labour relations. Picketing represents a particularly crucial form of expression with strong historical roots. *PIPA* imposes restrictions on a union's ability to communicate and persuade the public of its cause, impairing its ability to use one of its most effective bargaining strategies in the course of a lawful strike. This infringement of the right to freedom of expression is disproportionate to the government's objective of providing individuals with control over the personal information that they expose by crossing a picketline. It is therefore not justified under s. 1 of the *Charter*.

Given the comprehensive and integrated structure of the statute, the Government of Alberta and the Information and Privacy Commissioner requested that the Court not select specific amendments, requesting instead that the entire statute be declared invalid so that the legislature can consider the *Act* as a whole. The declaration of invalidity is therefore granted but is suspended for a period of 12 months to give the legislature the opportunity to decide how best to make the legislation constitutionally compliant.

Cases Cited

Referred to: *Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626; *Lavigne v. Canada*

d'une part, le droit des personnes d'exercer un droit de regard sur la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels les concernant et, d'autre part, la liberté d'expression d'un syndicat. Dans la mesure où la *PIPA* empêche la collecte de renseignements personnels à des fins légitimes de relations du travail, elle viole l'al. 2b) de la *Charte* et cette violation ne saurait se justifier au sens de l'article premier.

La *PIPA* vise à renforcer le droit de regard d'une personne sur les renseignements personnels la concernant en restreignant leur collecte, leur utilisation et leur communication sans son consentement. L'objectif de fournir à une personne ce droit de regard est intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l'importance va de soi.

Mais la *Loi* ne prévoit aucun mécanisme permettant de trouver un équilibre entre les intérêts qu'elle protège et le droit constitutionnel du syndicat à la liberté d'expression. La Cour reconnaît depuis longtemps l'importance fondamentale que revêt la liberté d'expression dans le contexte des conflits de travail. La *PIPA* interdit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels qui serviraient de nombreux objectifs expressifs légitimes relatifs aux relations de travail. Le piquetage constitue une forme d'expression particulièrement vitale et fermement ancrée dans l'histoire. La *PIPA* restreint la faculté du syndicat de communiquer avec le public et de le convaincre du bien-fondé de sa cause, compromettant ainsi sa capacité de recourir à une de ses stratégies de négociation les plus efficaces au cours d'une grève légale. Cette atteinte au droit à la liberté d'expression est disproportionnée par rapport à l'objectif du gouvernement d'accorder aux personnes un droit de regard sur les renseignements personnels qu'elles exposent en franchissant une ligne de piquetage. Cette atteinte n'est donc pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Compte tenu de l'économie exhaustive et intégrée de la *Loi*, le gouvernement de l'Alberta et le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée ont demandé à ce que la Cour ne fasse pas un tri parmi des modifications précises, mais qu'elle déclare plutôt l'invalidité de la totalité de la *Loi* de sorte que la législature puisse en traiter comme d'un tout. La déclaration d'invalidité est donc prononcée, mais suspendue pendant 12 mois afin de donner à la législature le temps nécessaire pour décider de la meilleure façon de rendre la loi constitutionnelle.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626; *Lavigne*

(*Office of the Commissioner of Official Languages*), 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Procedures and Jurisdiction Act, R.S.A. 2000, c. A-3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, ss. 1(1)(i) “organization”, (k) “personal information”, 3, 4(1), (3)(a), (b), (c), 7(1), 14(d), (e), 17(d), (e), 20(f), (j), (m), 56(2), (3).
Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003, s. 7.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 26(2)(b).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2013, release 46).
 Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
 Craig, John D. R. “Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens” (1997), 42 *McGill L.J.* 355.
 Drapeau, Michel W., and Marc-Aurèle Racicot. *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013*. Toronto: Carswell, 2012.
 Gratton, Éloïse. *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).
 Hunt, Chris D. L. “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

c. Canada (Commissariat aux langues officielles), 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Administrative Procedures and Jurisdiction Act, R.S.A. 2000, ch. A-3.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 26(2)(b).
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 1(1)i) « organization », k) « personal information », 3, 4(1), (3)a), b), c), 7(1), 14d), e), 17d), e), 20f), j), m), 56(2), (3).
Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003, art. 7.

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2013, release 46).
 Canada. Rapport du Groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L’ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
 Craig, John D. R. « Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens » (1997), 42 *R.D. McGill* 355.
 Drapeau, Michel W., and Marc-Aurèle Racicot. *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013*. Toronto: Carswell, 2012.
 Gratton, Éloïse. *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).
 Hunt, Chris D. L. « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

International Labour Organization. *Report of the Director-General: Freedom of association in practice: Lessons learned*. Geneva: International Labour Office, 2008 (online: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096122.pdf).

MacNeil, Michael. "Unions and the Charter: The Supreme Court of Canada and Democratic Values" (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3.

Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter and McDonald J.J.A. and Read J. (*ad hoc*)), 2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249, 522 A.R. 197, 544 W.A.C. 197, 349 D.L.R. (4th) 654, 258 C.R.R. (2d) 110, 33 Admin. L.R. (5th) 321, [2012] 6 W.W.R. 211, 2012 CLLC ¶210-025, [2012] A.J. No. 427 (QL), 2012 CarswellAlta 760, allowing in part (only to the extent the remedy was varied) a decision of Goss J., 2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235, 509 A.R. 150, 339 D.L.R. (4th) 279, 32 Admin. L.R. (5th) 107, [2012] 4 W.W.R. 324, 2011 CLLC ¶210-055, [2011] A.J. No. 940 (QL), 2011 CarswellAlta 1486, setting aside a decision of the Information and Privacy Commissioner, Order P2008-008, 2009 CanLII 90942. Appeal substantially dismissed.

Glenn Solomon, Q.C., and Robert W. Armstrong, for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Alberta.

Roderick Wiltshire, for the appellant the Attorney General of Alberta.

Gwen J. Gray, Q.C., and Vanessa Cosco, for the respondent.

Sean Gaudet, for the intervener the Attorney General of Canada.

Rochelle S. Fox and Sara Weinrib, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Regan Morris and Kirk Shannon, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

MacNeil, Michael. « Unions and the Charter : The Supreme Court of Canada and Democratic Values » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3.

Organisation internationale du travail. *Rapport du directeur général : Liberté d'association : enseignements tirés de la pratique*. Genève : Bureau international du Travail, 2008 (en ligne : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096123.pdf).

Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Slatter, McDonald et Read (*ad hoc*)), 2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249, 522 A.R. 197, 544 W.A.C. 197, 349 D.L.R. (4th) 654, 258 C.R.R. (2d) 110, 33 Admin. L.R. (5th) 321, [2012] 6 W.W.R. 211, 2012 CLLC ¶210-025, [2012] A.J. No. 427 (QL), 2012 CarswellAlta 760, qui a accueilli en partie (seulement dans la mesure où la réparation a été modifiée) une décision de la juge Goss, 2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235, 509 A.R. 150, 339 D.L.R. (4th) 279, 32 Admin. L.R. (5th) 107, [2012] 4 W.W.R. 324, 2011 CLLC ¶210-055, [2011] A.J. No. 940 (QL), 2011 CarswellAlta 1486, qui a infirmé une décision de l'Information and Privacy Commissioner, Order P2008-008, 2009 CanLII 90942. Pourvoi rejeté en grande partie.

Glenn Solomon, c.r., et Robert W. Armstrong, pour l'appellant Information and Privacy Commissioner of Alberta.

Roderick Wiltshire, pour l'appellant le procureur général de l'Alberta.

Gwen J. Gray, c.r., et Vanessa Cosco, pour l'intimé.

Sean Gaudet, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Rochelle S. Fox et Sara Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Regan Morris et Kirk Shannon, pour l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Patricia D. S. Jackson and Sarah Whitmore, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Lindsay M. Lyster, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

William S. Challis, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Simon Ruel, for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada.

Written submissions only by *Nitya Iyer*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

David Williams and Kristan McLeod, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

The judgment of the Court was delivered by

ABELLA AND CROMWELL JJ. —

Overview

[1] This appeal requires the Court to determine whether Alberta's *Personal Information Protection Act* unjustifiably limits a union's right to freedom of expression in the context of a lawful strike. At issue is whether the *Act* achieves a constitutionally acceptable balance between the interests of individuals in controlling the collection, use and disclosure of their personal information and a union's freedom of expression.

[2] The dispute in this case arose when the United Food and Commercial Workers, Local 401 recorded and photographed individuals crossing its picketline for use in its labour dispute. Several individuals whose images were captured complained to the Information and Privacy Commissioner of Alberta that the Union's activities contravened the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5

Patricia D. S. Jackson et Sarah Whitmore, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Lindsay M. Lyster, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

William S. Challis, pour l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Simon Ruel, pour les intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada.

Argumentation écrite seulement par *Nitya Iyer*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

David Williams et Kristan McLeod, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ABELLA ET CROMWELL —

Vue d'ensemble

[1] Dans le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta restreint indûment le droit d'un syndicat à la liberté d'expression dans le cadre d'une grève légale. Il s'agit de savoir si la *Loi* atteint un équilibre acceptable sur le plan constitutionnel entre, d'une part, le droit des personnes d'exercer un droit de regard sur la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels les concernant et, d'autre part, la liberté d'expression d'un syndicat.

[2] Le litige dont il est question en l'espèce a pris naissance lorsque le syndicat des Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 (« syndicat ») a enregistré des vidéos et pris des photos de personnes en train de franchir sa ligne de piquetage, en vue de s'en servir par la suite dans le cadre de son conflit de travail. Plusieurs des personnes dont les images

(“*PIPA*”), which restricts the collection, use and disclosure of personal information by a range of organizations. Those individuals were successful, prompting an application for judicial review on the basis that the legislation infringed the Union’s right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this infringement was not justified under s. 1.

[3] In our view, the legislation violates s. 2(b) because its impact on freedom of expression in the labour context is disproportionate and the infringement is not justified under s. 1.

Facts

[4] The Union represents employees at the Palace Casino at West Edmonton Mall in Alberta. In 2006, during a lawful strike which lasted 305 days, both the Union and a security company hired by the employer video-taped and photographed the picketline near the main entrance to the Casino. The Union posted signs in the area of the picketing stating that images of persons crossing the picketline might be placed on a website called www.casinoscabs.ca.

[5] Several individuals who were recorded crossing the picketline filed complaints with the Alberta Information and Privacy Commissioner under *PIPA*. The Vice-President of the Casino complained that he was photographed or video-taped and that two pictures of him were used on a poster displayed at the picketline with the text: “This is [x’s] Police Mugshot.” Images of his head were also used in union newsletters and strike leaflets with captions intended to be humorous. Another complainant, a member of the public, testified that cameras were trained on the entrance to the Casino where he would regularly

avaient été captées se sont plaintes au commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Alberta (« commissaire ») que les activités du syndicat contrevenaient à la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5 (« *PIPA* » ou « *Loi* »), qui restreint la faculté d’un certain nombre d’organismes de recueillir, d’utiliser et de communiquer des renseignements personnels. Ces personnes ayant obtenu gain de cause, le syndicat a formulé une demande de contrôle judiciaire dans laquelle il a allégué que la loi en question portait atteinte à la liberté d’expression que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte n’était pas justifiée au sens de l’article premier.

[3] À notre avis, non seulement la *Loi* viole-t-elle l’al. 2b) parce que ses répercussions sur la liberté d’expression dans le contexte du travail sont démesurées, mais l’atteinte qu’elle cause n’est pas justifiée au sens de l’article premier.

Les faits

[4] Le syndicat représente les employés du Palace Casino du West Edmonton Mall, situé en Alberta. En 2006, à l’occasion d’une grève légale qui a duré 305 jours, tant le syndicat qu’une agence de sécurité engagée par l’employeur ont enregistré des vidéos et pris des photos de la ligne de piquetage dressée près de l’entrée principale du casino. Le syndicat a installé des affiches à l’intérieur de la zone de piquetage annonçant que les images des personnes qui franchissaient la ligne étaient susceptibles d’être publiées sur le site Web www.casinoscabs.ca.

[5] Plusieurs des personnes filmées ou photographiées en train de franchir la ligne de piquetage ont déposé une plainte, en application de la *PIPA*, auprès du commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Alberta. Le vice-président du casino s’est plaint d’avoir été photographié ou filmé sur bande vidéo, et du fait que deux photos de lui s’étaient retrouvées sur une affiche exhibée à la ligne de piquetage et portant la mention : [TRADUCTION] « Photos signalétiques de la police de [x] ». Des images de son visage se sont également retrouvées sur des tracts et des

meet friends. A third complainant testified that she had been photographed and video-taped while working near the Casino entrance. No recordings of the complainants were placed on the website.

[6] The Commissioner appointed an Adjudicator to decide whether the Union, in collecting, using and disclosing personal information about individuals without their consent had contravened *PIPA*. In Alberta, the *Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, R.S.A. 2000, c. A-3, and accompanying regulations prevent the Commissioner from deciding questions of constitutional law. As a result, the Adjudicator lacked jurisdiction to consider the Union's arguments on the constitutionality of *PIPA* or its application to the Union's activities. The Adjudicator accepted the Union's evidence that it is common practice in Alberta for both employers and unions to video-tape and photograph picketlines and that the Union did so for the following reasons:

- informing the public about the strike, including through pamphlets, newsletters and a website;
- informing picketing Union members about the strike, including through pamphlets, newsletters and a website;
- dissuading people from crossing the picketline;
- acting as a deterrent to violence from non-picketers;
- gathering evidence should it become relevant to an investigation or legal proceeding (both of

bulletins d'information du syndicat avec des légendes qui se voulaient humoristiques. Un autre plaignant, un simple citoyen, a expliqué qu'il y avait des caméras à l'entrée du casino, là où il rencontrait fréquemment des amis. Une troisième plaignante a affirmé avoir été photographiée et filmée sur bande vidéo alors qu'elle travaillait près de l'entrée du casino. Aucune image des plaignants n'a été publiée sur le site Web.

[6] Le commissaire a désigné une arbitre chargée de décider si le syndicat avait contrevenu à la *PIPA* en recueillant, utilisant et communiquant des renseignements personnels sans le consentement des personnes à qui ils se rapportent. En Alberta, l'*Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, R.S.A. 2000, ch. A-3, et ses règlements d'application empêchent le commissaire de trancher des questions de droit constitutionnel. L'arbitre n'avait donc pas compétence pour examiner les arguments du syndicat quant à la constitutionnalité de la *PIPA* ou quant à son application aux activités du syndicat. L'arbitre a accepté les éléments de preuve du syndicat suivant lesquels il est courant en Alberta que les employeurs et les syndicats enregistrent sur bande vidéo et photographient ce qui se passe sur les lignes de piquetage. Elle a ajouté que le syndicat l'avait fait pour les raisons suivantes :

- informer le public au sujet de la grève, notamment au moyen de tracts, de bulletins d'information et d'un site Web;
- informer les membres du syndicat qui faisaient du piquetage au sujet de la grève, notamment au moyen de tracts, de bulletins d'information et d'un site Web;
- dissuader quiconque de franchir la ligne de piquetage;
- s'en servir comme moyen pour dissuader les personnes ne faisant pas de piquetage de recourir à la violence;
- recueillir des éléments de preuve qui pourraient s'avérer utiles lors d'une enquête ou d'une

altercations as well as to show long periods of peaceful picketing);

- creating material for use as a training tool for Union members;
- providing material to other unions for educational purposes;
- supporting morale on the picket line with the use of humour;
- responding to similar activity on the part of the employer; and
- deterring theft of Union property.

(*Order P2008-008; United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2009 CanLII 90942 (AB OIPC), at para. 20)

The Adjudicator concluded that “many of these purposes also promoted the underlying purpose of the strike — that of achieving a resolution to the labour dispute [in favour] of the Union”: para. 20. The Adjudicator concluded that the Union’s collection, use and disclosure of private information was for an expressive purpose. As she put it, “one of the primary purposes of the Union’s information collection was to dissuade people from crossing the picket line”: para. 51. She also concluded that she was not aware of, and had not been referred to, any provisions of *PIPA* that would authorize collection, use and disclosure of personal information for that purpose: para. 67. She rejected the Union’s claim that it was covered by the “journalistic purposes” exemption because its activities were also aimed at resolving the labour dispute in its favour. The “journalistic purposes” exemption in the *Act* therefore did not apply to the extent that the information was collected, used or disclosed for other purposes. The Union’s ancillary argument — that the collection, use and disclosure of personal information was authorized under another exemption — a possible investigation or legal proceeding — was accepted, but was not

instance judiciaire (tant en ce qui concerne les altercations que pour faire la preuve des longues périodes de piquetage paisible);

- créer du matériel didactique pouvant servir à la formation des membres du syndicat;
- offrir du matériel éducatif aux autres syndicats;
- appuyer le moral des syndiqués sur la ligne de piquetage en recourant à l’humour;
- réagir aux mesures semblables prises par l’employeur;
- dissuader le vol de biens appartenant au syndicat.

(*Order P2008-008; United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2009 CanLII 90942 (OIPC Alb.), par. 20)

L’arbitre a conclu que [TRADUCTION] « bon nombre des objectifs en question favorisaient également l’atteinte de l’objectif fondamental de la grève, soit celui de parvenir à un règlement du conflit de travail en faveur du syndicat » (par. 20). L’arbitre a aussi conclu que la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels par le syndicat visaient un objectif de nature expressive. À cet égard, elle a affirmé qu’« en recueillant les renseignements en question, le syndicat visait notamment à dissuader les gens de franchir la ligne de piquetage » (par. 51). L’arbitre a également conclu qu’elle ne connaissait, et qu’on ne lui avait cité, aucune disposition de la *PIPA* autorisant la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels à cette fin (par. 67). Elle a rejeté l’argument du syndicat suivant lequel ce dernier était protégé par l’exception relative aux « fins journalistiques », puisque ses activités visaient également à résoudre le conflit de travail en sa faveur. Pour elle, l’exception relative aux « fins journalistiques » prévue par la *Loi* ne s’appliquait donc pas, dès lors que les renseignements avaient été recueillis, utilisés ou communiqués à d’autres fins. L’argument accessoire du syndicat suivant lequel la collecte,

sufficient to exempt the Union's activity from *PIPA* for any other purpose. The Union was ordered to stop collecting the personal information for any purposes other than a possible investigation or legal proceeding and to destroy any personal information it had in its possession that had been obtained in contravention of the *Act*.

[7] On judicial review, the Union argued that the provisions of *PIPA* that prevent it from collecting, using and disclosing personal information obtained from its lawful picketline infringed s. 2(b) of the *Charter* (2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235). The chambers judge found that the Union's activity had expressive content and that there was no reason to exclude it from the protection of s. 2(b). She found that *PIPA*, as interpreted by the Adjudicator, directly limited the Union's freedom of expression by preventing the Union from collecting, using, and disclosing personal information obtained about individuals while they were in public view. She also concluded that the breach could not be justified under s. 1.

[8] The Court of Appeal was of the view that the real issue in the case was whether it was justifiable to restrain expression in support of labour relations and collective bargaining activities (2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249). It concluded that *PIPA* was overbroad. The privacy interest at stake was minor since the complainants were in a public place, crossing a picketline, and had notice that images were being collected. On the other side of the balance was the right of workers to engage in collective bargaining and of the Union to communicate with the public: para. 74. The Court of Appeal agreed with the chambers judge that there was a breach of s. 2(b) that could not be saved under s. 1

l'utilisation et la communication des renseignements personnels étaient autorisées par une autre exception — soit celle relative à la tenue d'une éventuelle enquête ou à l'introduction d'une éventuelle instance judiciaire — a été accepté, mais cela n'était pas suffisant pour soustraire ses activités à l'application de la *PIPA* à toute autre fin. Le syndicat a donc reçu l'ordre de cesser de recueillir des renseignements personnels à toute autre fin qu'une éventuelle enquête ou instance judiciaire ainsi que de détruire tout renseignement personnel qu'il avait en sa possession et qui avait été obtenu en contravention de la *Loi*.

[7] Lors du contrôle judiciaire, le syndicat a fait valoir que les dispositions de la *PIPA* qui l'empêchaient de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels obtenus sur sa ligne de piquetage licite contrevenaient à l'alinéa 2b) de la *Charte* (2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235). Le juge en son cabinet a conclu que les activités du syndicat comportaient un contenu expressif et qu'il n'y avait aucune raison de les soustraire à la protection de l'al. 2b). Elle a affirmé que, selon l'interprétation que l'arbitre lui en avait donnée, la *PIPA* restreignait directement la liberté d'expression du syndicat en lui interdisant de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels concernant des personnes alors qu'elles étaient à la vue du public. Elle a également conclu que cette violation ne pouvait se justifier au sens de l'article premier.

[8] La Cour d'appel s'est dite d'avis que la véritable question en litige était celle de savoir s'il était justifié de restreindre l'expression favorable aux activités se rapportant à des relations de travail et à une négociation collective (2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249). Elle a conclu que la *PIPA* avait une portée trop large. En effet, d'une part, le droit au respect de la vie privée en jeu était mineur, puisque les plaignants se trouvaient dans un lieu public, qu'ils franchissaient une ligne de piquetage et qu'ils étaient avisés que des images étaient recueillies. D'autre part, il fallait tenir compte du droit des travailleurs de négocier collectivement et de celui du syndicat de communiquer avec le public

and it therefore granted the Union a constitutional exemption from the application of *PIPA*.

Analysis

[9] The stated constitutional questions in this case are:

1. Do the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, and the *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they restrict a union's ability to collect, use or disclose personal information during the course of a lawful strike?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[10] We turn first to the question of whether *PIPA* limits freedom of expression. This case arises in the specific factual context that was before the Adjudicator, but the challenge is to *PIPA* as a whole. While there was some debate about whether particular aspects of the conduct engaged in by the Union were protected by s. 2(b), there can be no doubt, in our view, that *PIPA* limits expressive activity that is so protected. The reviewing judge and the Court of Appeal both recognized that the collection, use and disclosure of personal information by the Union in the context of picketing during a lawful strike is inherently expressive. We agree.

[11] As the parties conceded, freedom of expression under s. 2(b) is clearly engaged by the Union's activities. The Union collected personal information by recording the picketline. One of the primary

(par. 74). La Cour d'appel s'est aussi dite d'accord avec la juge en son cabinet pour conclure que la violation de l'al. 2b) ne pouvait être justifiée au sens de l'article premier et elle a donc accordé au syndicat une exemption constitutionnelle quant à l'application de la *PIPA*.

Analyse

[9] Les questions constitutionnelles énoncées en l'espèce sont les suivantes :

1. La *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, et le *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, portent-ils atteinte aux droits protégés par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils limitent la capacité d'un syndicat de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels pendant une grève légale?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut être démontrée dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[10] Examinons d'abord la question de savoir si la *PIPA* restreint la liberté d'expression. La présente affaire est survenue dans le contexte factuel précis qui a été soumis à l'arbitre, mais c'est la *PIPA* dans son ensemble qui est contestée. Bien qu'il y ait eu un certain débat quant à la question de savoir si des aspects particuliers des agissements du syndicat étaient protégés par l'al. 2b), il nous apparaît incontestable que la *PIPA* restreint les activités expressives ainsi protégées. La juge saisie de la demande de contrôle judiciaire ainsi que la Cour d'appel ont toutes deux reconnu que la collecte, l'utilisation et la communication, par le syndicat, de renseignements personnels dans le contexte d'un piquetage au cours d'une grève légale constituaient intrinsèquement des activités expressives. Nous sommes du même avis.

[11] Comme l'ont admis les parties, les activités du syndicat font manifestement intervenir la liberté d'expression protégée par l'al. 2b). Le syndicat a recueilli des renseignements personnels en filmant

purposes for the Union's *collection* of personal information was, as the Adjudicator recognized, to dissuade people from crossing the picketline: para. 51; Goss J., at paras. 31-34; Court of Appeal, at para. 64. Recording conduct related to picketing and, in particular, recording a lawful picketline and any individuals who crossed it, is expressive activity: its purpose was to persuade individuals to support the Union. So too is recording and potentially using or distributing recordings of persons crossing the picketline for deterring people from crossing the picketline and informing the public about the strike.

[12] To understand how *PIPA* limited the Union's expressive activities, it is helpful to review the legislation in some detail.

[13] Alberta's *PIPA* was inspired by the federal *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 ("*PIPEDA*"). Both pieces of legislation are part of an international movement towards giving individuals better control over their personal information: Éloïse Gratton, *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks* (2013), at pp. 6 ff. *PIPEDA* generally applies to private sector organizations engaged in commercial activities in any province. It does not apply, however, if the Governor in Council determines that there is comparable protection in place in the province, as is the case with respect to *PIPA* in Alberta: *PIPEDA*, s. 26(2)(b); Michel W. Drapeau and Marc-Aurèle Racicot, *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013* (2012), at p. AB-3.

[14] *PIPA*'s stated purpose is almost identical to that of the *PIPEDA*. *PIPA*'s purpose is explicitly set out in s. 3, which states that it is

to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes

et photographiant la ligne de piquetage. Comme l'a reconnu l'arbitre, en *recueillant* des renseignements personnels, le syndicat visait notamment à dissuader quiconque de franchir la ligne de piquetage (par. 51; motifs de la juge Goss, par. 31-34; motifs de la Cour d'appel, par. 64). Le fait de filmer et de photographier des actes relatifs au piquetage, plus particulièrement relatifs à une ligne de piquetage légale et à toute personne qui la franchit, est une activité expressive : il s'agit de persuader des personnes d'appuyer le syndicat. Il en est de même du fait de filmer ou de prendre des photos ainsi que de potentiellement utiliser ou distribuer les enregistrements montrant des personnes en train de franchir la ligne de piquetage : dans ce cas, il s'agit de dissuader quiconque de faire de même et de renseigner le public sur la grève.

[12] Pour comprendre comment la *PIPA* restreint les activités expressives du syndicat, il est utile d'examiner la loi en question de façon assez détaillée.

[13] La *PIPA* de l'Alberta s'inspire d'une loi fédérale, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (« *LPRPDÉ* »). Ces deux lois s'inscrivent dans une tendance internationale vers la reconnaissance d'un plus grand droit de regard des personnes sur les renseignements personnels les concernant (Éloïse Gratton, *Understanding Personal Information : Managing Privacy Risks* (2013), p. 6 et suiv.). La *LPRPDÉ* s'applique de manière générale aux organisations du secteur privé qui se livrent à des activités commerciales dans une province. Elle ne s'applique toutefois pas si le gouverneur en conseil estime qu'il existe déjà une protection comparable dans la province en question, comme c'est le cas avec la *PIPA* en Alberta (*LPRPDÉ*, al. 26(2)b); Michel W. Drapeau et Marc-Aurèle Racicot, *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013* (2012), p. AB-3).

[14] L'objectif déclaré de la *PIPA* est presque identique à celui de la *LPRPDÉ* et est explicitement énoncé à son art. 3 :

[TRADUCTION] . . . régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une

both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

[15] The scope of *PIPA* is, however, considerably broader than that of *PIPEDA*. Unlike *PIPEDA*, *PIPA*'s limitations on the collection, use and disclosure of personal information are not restricted to those activities undertaken for commercial purposes. Instead, *PIPA* establishes a general rule that organizations cannot collect, use or disclose personal information without consent: s. 7(1). Except as provided for by *PIPA*, it "applies to every organization and in respect of all personal information": s. 4(1). The term "organization" includes a corporation, an unincorporated association, a trade union, a partnership, or an individual acting in a commercial capacity: s. 1(1)(i). The term "personal information" is defined broadly to mean "information about an identifiable individual": s. 1(1)(k). The Commissioner has made it clear that personal information includes information that is not "private", so that "personal information does not lose its character as personal information if the information is widely or publicly known": *Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626 (AB OIPC), at para. 17.

[16] The breadth of *PIPA* is mitigated by a series of exemptions. The most relevant include the following. First, through a restriction on the definition of "organization", *PIPA* excludes from its application individuals acting in a "personal or domestic capacity": ss. 1(1)(i) and 4(3)(a). Second, s. 56(2) and (3) operate together so that *PIPA* does not apply to a non-profit organization unless that organization collects, uses, or discloses information in connection with a commercial activity. Third, the application provision indicates that *PIPA* does

manière qui tient compte à la fois du droit des individus à la protection des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins raisonnables.

[15] La *PIPA* a toutefois une portée beaucoup plus large que la *LPRPDÉ*. En effet, contrairement aux mesures prévues par cette dernière, les restrictions que prévoit la *PIPA* quant à la collecte, à l'utilisation et à la communication des renseignements personnels ne visent pas uniquement les activités ayant des fins commerciales. La *PIPA* pose plutôt comme règle générale que les organisations ne peuvent recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels sans le consentement des intéressés (par. 7(1)). Sauf dans la mesure prévue par la *PIPA*, celle-ci [TRADUCTION] « s'applique à toute organisation et à l'égard de tout renseignement personnel » (par. 4(1)). Le mot « organisation » s'entend notamment des personnes morales, des associations non constituées en personne morale, des organisations syndicales, des sociétés de personnes et des personnes physiques agissant dans le cadre d'une activité commerciale (al. 1(1)i). L'expression « renseignements personnels » est définie de façon large comme « tout renseignement concernant une personne identifiable » (al. 1(1)k). Le commissaire a bien précisé que les renseignements personnels comprennent ceux qui ne sont pas « privés », de sorte que [TRADUCTION] « les renseignements ne perdent pas leur caractère de renseignements personnels s'ils sont largement diffusés ou connus du public » (*Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626 (OIPC Alb.), par. 17).

[16] Une série d'exceptions limite cependant la portée de la *PIPA*. En voici certaines des plus pertinentes. Premièrement, en limitant la portée de la définition du mot « organisation », la *Loi* exclut de son champ d'application les personnes qui agissent [TRADUCTION] « à titre personnel ou familial » (al. 1(1)i et al. 4(3)a)). Deuxièmement, compte tenu de l'effet combiné des par. 56(2) et (3), la *PIPA* ne s'applique pas aux organismes sans but lucratif à moins que ceux-ci ne recueillent, utilisent ou communiquent des renseignements dans le cadre

not apply in certain circumstances, including when information is collected, used, or disclosed for “artistic or literary purposes and for no other purpose” (s. 4(3)(b)) or when it is collected, used or disclosed for “journalistic purposes *and for no other purpose*” (s. 4(3)(c)). Finally, *PIPA* creates an exception to the consent requirement where the collection, use or disclosure of the information is reasonable for the purposes of an investigation or a legal proceeding (ss. 14(d), 17(d), 20(f) and (m)) or the information is “publicly available as prescribed or otherwise determined by the regulations” (ss. 14(e), 17(e) and 20(j)). The term “publicly available” is narrowly defined in s. 7 of the *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, to mean information that is available: in a telephone or business directory (or other similar registry); in a record of a quasi-judicial body; or in a magazine, book, or newspaper.

[17] Given the Adjudicator’s finding that none of these exemptions applied to allow the Union to collect, use and disclose personal information for the purpose of advancing its interests in a labour dispute, we conclude without difficulty that it restricts freedom of expression.

[18] This brings us to the s. 1 analysis. At this stage, we must determine whether *PIPA* serves a pressing and substantial objective and, if so, whether its provisions are rationally connected to that objective, whether it impairs the right to freedom of expression no more than is necessary, and whether its effects are proportionate to the government’s objective. While *PIPA* is rationally connected to a pressing and substantial objective, its broad limitations on freedom of expression are not demonstrably justified because its limitations on expression are disproportionate to the benefits the legislation seeks to promote.

d’une activité commerciale. Troisièmement, les dispositions de la *Loi* relatives à son champ d’application précisent qu’elle ne s’applique pas dans certaines circonstances, notamment lorsque les renseignements sont recueillis, utilisés ou communiqués « à des fins artistiques ou littéraires et à aucune autre fin » (al. 4(3)b)) ou « à des fins journalistiques *et à aucune autre fin* » (al. 4(3)c)). Enfin, la *PIPA* prévoit une exception à l’exigence du consentement lorsque la collecte, l’utilisation ou la communication des renseignements est raisonnable à des fins relatives à une enquête ou à une instance judiciaire (al. 14d), 17d), 20f) et 20m)) ou lorsque les renseignements sont « accessibles au public selon ce qui est prescrit ou autrement prévu par règlement » (al. 14e), 17e) et 20j)). L’article 7 du *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, donne une définition étroite de l’expression [TRADUCTION] « accessibles au public », en précisant qu’il s’agit de renseignements que l’on peut obtenir en consultant un annuaire téléphonique ou commercial (ou tout autre répertoire semblable), les registres d’un organisme quasi judiciaire ou encore un magazine, un livre ou un journal.

[17] Vu la conclusion de l’arbitre suivant laquelle aucune des exceptions susmentionnées ne s’appliquait de manière à permettre au syndicat de recueillir, d’utiliser et de communiquer des renseignements personnels en vue de faire valoir ses intérêts dans le cadre d’un conflit de travail, nous n’avons aucune difficulté à conclure que la *Loi* restreint la liberté d’expression du syndicat.

[18] Cela nous amène à l’analyse fondée sur l’article premier. À cette étape-ci, il nous faut déterminer si la *PIPA* vise un objectif urgent et réel et, dans l’affirmative, si ses dispositions sont rationnellement liées à cet objectif, si cet objectif porte atteinte au droit à la liberté d’expression au-delà de ce qui est nécessaire et si ses effets sont proportionnels à l’objectif du gouvernement. Bien que la *PIPA* soit rationnellement liée à un objectif urgent et réel, la justification des restrictions considérables qu’elle impose à la liberté d’expression ne peut se démontrer parce que ces restrictions sont disproportionnées par rapport aux bienfaits qu’elle cherche à promouvoir.

[19] There is no dispute that *PIPA* has a pressing and substantial objective. The purpose of *PIPA* is explicitly set out in s. 3, as previously noted, which states:

3 The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

The focus is on providing an individual with some measure of control over his or her personal information: Gratton, at pp. 6 ff. The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy. These are fundamental values that lie at the heart of a democracy. As this Court has previously recognized, legislation which aims to protect control over personal information should be characterized as “quasi-constitutional” because of the fundamental role privacy plays in the preservation of a free and democratic society: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 24; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, at para. 28.

[20] *PIPA*'s objective is increasingly significant in the modern context, where new technologies give organizations an almost unlimited capacity to collect personal information, analyze it, use it and communicate it to others for their own purposes. There is also no serious question that *PIPA* is rationally connected to this important objective. As the Union acknowledges, *PIPA* directly addresses the objective by imposing broad restrictions on the collection, use and disclosure of personal information. However, in our view, these broad restrictions are not justified because they are disproportionate to the benefits the legislation seeks to promote. In other words, “the *Charter* infringement is too high a price to pay for the benefit of the law”:

[19] Il est acquis aux débats que la *PIPA* vise un objectif urgent et réel. Son objet est explicitement énoncé à l'art. 3 qui, comme nous l'avons déjà signalé, prévoit que :

[TRADUCTION] **3** La présente loi a pour objet de régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte à la fois du droit des individus à la protection des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins raisonnables.

La Loi cherche d'abord et avant tout à conférer aux personnes un certain droit de regard sur les renseignements personnels les concernant (Gratton, p. 6 et suiv.). Or, la faculté d'une personne d'exercer un tel droit est intimement liée à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée. Il s'agit de valeurs fondamentales qui se situent au cœur de toute démocratie. Ainsi que la Cour l'a déjà reconnu, une loi qui vise à protéger un droit de regard sur des renseignements personnels devrait être qualifiée de « quasi constitutionnelle » en raison du rôle fondamental que joue le respect de la vie privée dans le maintien d'une société libre et démocratique (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 24; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 28).

[20] L'objectif visé par la *PIPA* gagne en importance à l'ère moderne, où les nouvelles technologies fournissent aux organisations une capacité quasi illimitée de recueillir des renseignements personnels, de les analyser, de les utiliser et de les communiquer à autrui pour leurs propres fins. En outre, on ne peut sérieusement mettre en doute l'existence d'un lien rationnel entre la *PIPA* et cet objectif important. Comme le reconnaît le syndicat, la *Loi* aborde de front cet objectif en restreignant considérablement la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels. Ces restrictions considérables nous paraissent toutefois injustifiées parce qu'elles sont disproportionnées par rapport aux bienfaits que la loi cherche à

Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 38-43.

[21] The beneficial effects of *PIPA*'s goal are demonstrable. *PIPA* seeks to enhance an individual's control over his or her personal information by restricting who can collect, use and disclose personal information without that individual's consent and the scope of such collection, use and disclosure. *PIPA* and legislation like it reflect an emerging recognition that the list of those who may access and use personal information has expanded dramatically and now includes many private sector actors. *PIPA* seeks to regulate the use of personal information and thereby to protect informational privacy, the foundational principle of which is that "all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit": Report of a Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice, *Privacy and Computers* (1972), at p. 13.

[22] Insofar as *PIPA* seeks to safeguard informational privacy, it is "quasi-constitutional" in nature: *Lavigne*, at para. 24; *Dagg*, at paras. 65-66; *H.J. Heinz*, at para. 28. The importance of the protection of privacy in a vibrant democracy cannot be overstated: see John D. R. Craig, "Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355, at pp. 360-61. As Chris D. L. Hunt writes in "Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort" (2011), 37 *Queen's L.J.* 167, at p. 217, "[d]emocracy depends on an autonomous, self-actualized citizenry that is free to formulate and express unconventional views. If invasions of privacy inhibit individuality and produce conformity, democracy itself suffers."

promouvoir. Autrement dit, [TRADUCTION] « la violation de la *Charte* constitue un prix trop élevé à payer pour avoir droit au bénéfice de la loi » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 38-43).

[21] Les effets bénéfiques de l'objet visé par la *PIPA* peuvent être démontrés. En effet, la *PIPA* vise à renforcer le droit de regard d'une personne sur les renseignements personnels la concernant, en précisant qui peut les recueillir, les utiliser et les communiquer sans son consentement, et en limitant la portée de leur collecte, de leur utilisation et de leur communication. La *PIPA* et les lois similaires témoignent de la nouvelle reconnaissance du fait que le nombre de personnes et d'entités susceptibles de consulter et d'utiliser des renseignements personnels a considérablement augmenté et que de nombreux acteurs du secteur privé figurent aujourd'hui parmi elles. La *PIPA* vise à réglementer l'utilisation des renseignements personnels et à protéger par le fait même leur caractère privé, un objectif fondé sur le principe selon lequel « l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend » (Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, *L'ordinateur et la vie privée* (1972), p. 13).

[22] Dans la mesure où elle vise à faire respecter le caractère privé des renseignements personnels, la *PIPA* est de nature « quasi constitutionnelle » (*Lavigne*, par. 24; *Dagg*, par. 65-66; *H.J. Heinz*, par. 28). On ne saurait trop insister sur l'importance de protéger la vie privée dans une démocratie dynamique (voir John D. R. Craig, « Invasion of Privacy and Charter Values : The Common-Law Tort Awakens » (1997), 42 *R.D. McGill* 355, p. 360-361). Comme l'affirme Chris D. L. Hunt dans « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen's L.J.* 167, p. 217, [TRADUCTION] « [l]a démocratie a besoin de citoyens autonomes qui se réalisent et qui sont libres de formuler et d'exprimer des opinions non conformistes. Si les atteintes à la vie privée gênent l'individualité et entraînent le conformisme, c'est la démocratie elle-même qui en souffre. »

[23] *PIPA* also seeks to avoid the potential harm that flows from the permanent storage or unlimited dissemination of personal information through the Internet or other forms of technology without an individual's consent.

[24] Finally, as discussed above, the objective of providing an individual with some measure of control over his or her personal information is intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values.

[25] The price *PIPA* exacts, however, is disproportionate to the benefits it promotes. *PIPA* limits the collection, use and disclosure of personal information other than with consent without regard for the nature of the personal information, the purpose for which it is collected, used or disclosed, and the situational context for that information. As the Adjudicator recognized in her decision, *PIPA* does not provide any way to accommodate the expressive purposes of unions engaged in lawful strikes. Indeed, the *Act* does not include any mechanisms by which a union's constitutional right to freedom of expression may be balanced with the interests protected by the legislation. As counsel for the Commissioner conceded during oral submissions, *PIPA* contains a general prohibition of the Union's use of personal information (absent consent or deemed consent) to further its collective bargaining objectives. As a result, *PIPA* deems virtually all personal information to be protected regardless of context.

[26] But the extent to which significant values were actually impaired in the context of this case must be kept in context. The personal information was collected by the Union at an open political demonstration where it was readily and publicly observable. Those crossing the picketline would reasonably expect that their image could be caught and disseminated by others such as journalists, for example. Moreover, the personal information collected, used and disclosed by the Union was

[23] La *PIPA* vise également à éviter la survenance du préjudice pouvant découler de la conservation permanente ou de la diffusion illimitée de renseignements personnels par Internet ou d'autres technologies sans le consentement de l'intéressé.

[24] Enfin, comme nous l'avons vu, l'objectif de fournir à une personne un certain droit de regard sur les renseignements personnels la concernant est intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l'importance va de soi.

[25] En revanche, la *PIPA* a des conséquences disproportionnées par rapport aux bienfaits qu'elle promet. En effet, elle restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels effectuées en l'absence du consentement de l'intéressé sans égard à la nature de ces renseignements, à l'objectif de leur collecte, utilisation ou communication et au contexte dans lequel ils se situent. Ainsi que l'arbitre l'a reconnu dans sa décision, la *PIPA* ne prévoit aucune façon de tenir compte des objectifs expressifs visés par les syndicats qui se livrent à des grèves légales. En effet, elle ne prévoit aucun mécanisme permettant de trouver un équilibre entre le droit constitutionnel du syndicat à la liberté d'expression et les intérêts qu'elle protège. Ainsi que l'avocat du commissaire l'a admis au cours de son plaidoyer, la *PIPA* interdit globalement au syndicat d'utiliser des renseignements personnels — à défaut de consentement réel ou présumé — pour favoriser la réalisation de ses objectifs en matière de négociation collective. Par conséquent, selon la *PIPA*, pratiquement tous les renseignements personnels méritent d'être protégés, peu importe le contexte.

[26] Il faut toutefois situer dans son contexte la mesure dans laquelle on a effectivement porté atteinte à des valeurs importantes en l'espèce. Le syndicat a recueilli les renseignements personnels lors d'une manifestation politique publique au cours de laquelle le public pouvait facilement les observer. Les personnes franchissant la ligne de piquetage pouvaient raisonnablement s'attendre à être filmées ou photographiées et à ce que leur image soit diffusée par autrui, notamment des journalistes. En

limited to images of individuals crossing a picketline and did not include intimate biographical details. No intimate details of the lifestyle or personal choices of the individuals were revealed.

[27] It goes without saying that by appearing in public, an individual does not automatically forfeit his or her interest in retaining control over the personal information which is thereby exposed. This is especially true given the developments in technology that make it possible for personal information to be recorded with ease, distributed to an almost infinite audience, and stored indefinitely. Nevertheless, *PIPA*'s restrictions operate in the context of a case like this one to impede the formulation and expression of views on matters of significant public interest and importance.

[28] *PIPA*'s deleterious effects weigh heavily in the balance. What is of the utmost significance in our view is that *PIPA* prohibits the collection, use, or disclosure of personal information for many legitimate, expressive purposes related to labour relations. These purposes include ensuring the safety of union members, attempting to persuade the public not to do business with an employer and bringing debate on the labour conditions with an employer into the public realm. These objectives are at the core of protected expressive activity under s. 2(b).

[29] This Court has long recognized the fundamental importance of freedom of expression in the context of labour disputes: *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156 (“*Pepsi*”), at para. 33. In *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083 (“*KMart*”), Cory J., writing for the Court, held that “[f]or employees, freedom of expression becomes not only an important but an *essential* component of labour relations”: para. 25 (emphasis added).

autre, les seuls renseignements personnels recueillis, utilisés et communiqués par le syndicat étaient des images de personnes franchissant une ligne de piquetage et ne comprenaient aucune information biographique intime. Aucun détail intime concernant le mode de vie ou les choix personnels des intéressés n’a été dévoilé.

[27] Il va sans dire qu’en apparaissant en public, une personne ne renonce pas nécessairement à son droit de regard sur les renseignements personnels ainsi exposés. Cela est particulièrement vrai compte tenu des avancées technologiques permettant d’enregistrer aisément des renseignements personnels, de les diffuser à un auditoire presque illimité et de les conserver indéfiniment. Malgré cela, les restrictions prévues par la *PIPA* s’appliquent, dans le contexte d’un cas comme celui qui nous occupe, pour entraver la formulation et l’expression d’opinions sur d’importantes questions d’intérêt public majeur.

[28] Les effets néfastes de la *PIPA* pèsent fortement dans la balance. Ce qui importe le plus, selon nous, c’est que la *PIPA* interdit la collecte, l’utilisation ou la communication de renseignements personnels qui serviraient de nombreux objectifs expressifs légitimes relatifs aux relations de travail. Parmi ces objectifs, mentionnons ceux consistant à assurer la sécurité des membres du syndicat, la tentative de convaincre le public de s’abstenir de faire affaire avec un employeur donné et le fait de transporter sur la place publique le débat sur les conditions de travail imposées par un employeur. Ces objectifs se situent au cœur même des activités expressives protégées par l’al. 2b).

[29] La Cour reconnaît depuis longtemps l’importance fondamentale que revêt la liberté d’expression dans le contexte des conflits de travail (*S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156 (« *Pepsi* »), par. 33). Dans l’arrêt *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083 (« *KMart* »), le juge Cory a affirmé, au nom de la Cour, que « [p]our les employés, la liberté d’expression devient une composante non seulement importante, mais *essentielle* des relations du travail » (par. 25 (nous soulignons)).

[30] Expressive activity in the labour context is directly related to the *Charter* protected right of workers to associate to further common workplace goals under s. 2(d) of the *Charter: Ontario (Attorney General) v. Fraser*, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 38. As the International Labour Organization observed, “[t]he exercise of freedom of association and collective bargaining is dependent on the maintenance of fundamental civil liberties, in particular, . . . freedom of opinion and expression”: *Report of the Director-General: Freedom of association in practice: Lessons learned* (2008), at para. 34.

[31] A person’s employment and the conditions of their workplace can inform their identity, emotional health, and sense of self-worth: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368. As McLachlin C.J. and LeBel J. recognized in *Pepsi*, free expression on these issues therefore “contributes to self-understanding, as well as to the ability to influence one’s working and non-working life”: para. 34.

[32] Free expression in the labour context can also play a significant role in redressing or alleviating the presumptive imbalance between the employer’s economic power and the relative vulnerability of the individual worker: *Pepsi*, at para. 34. It is through their expressive activities that unions are able to articulate and promote their common interests, and, in the event of a labour dispute, to attempt to persuade the employer.

[33] Finally, in the labour context, freedom of expression can enhance broader societal interests. As this Court found in *Pepsi*, the free flow of expression by unions and their members during a labour dispute plays an important role in bringing issues relating to labour conditions into the public arena for discussion and debate: paras. 34-35. As this Court emphasized in *Pepsi*, free expression provides “an avenue for unions to promote collective bargaining issues as public ones to be played out in civic society, rather than being confined to a narrow realm of individualized economic disputes”: Michael MacNeil, “Unions

[30] Les activités expressives dans le contexte du travail se rattachent directement au droit des travailleurs, protégé par l’al. 2d) de la *Charte*, de s’associer pour atteindre des objectifs communs liés au travail (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 38). Ainsi que l’a fait observer l’Organisation internationale du travail; « [l]’exercice de la liberté d’association et du droit de négociation collective repose sur la défense des libertés civiles fondamentales et notamment des suivantes : droit à [. . .] la liberté d’opinion, d’expression » (*Rapport du directeur général : Liberté d’association : enseignements tirés de la pratique* (2008), par. 34).

[31] L’emploi d’une personne et ses conditions de travail sont susceptibles de façonner son identité, sa santé psychologique et sa perception de sa valeur personnelle (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368)). Ainsi que la juge en chef McLachlin et le juge LeBel l’ont reconnu dans l’arrêt *Pepsi*, la libre expression d’opinions sur ces questions « contribue [donc] à la compréhension de soi ainsi qu’à la capacité d’influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail » (par. 34).

[32] Dans le contexte du travail, la liberté d’expression peut également jouer un rôle important pour éliminer ou atténuer l’inégalité présumée entre le pouvoir économique de l’employeur et la vulnérabilité relative du travailleur (*Pepsi*, par. 34). C’est grâce à leurs activités expressives que les syndicats sont en mesure de formuler et de promouvoir leurs intérêts communs et, en cas de conflit de travail, de tenter d’infléchir l’employeur.

[33] Enfin, dans le contexte du travail, la liberté d’expression est susceptible de favoriser des intérêts collectifs plus larges. Ainsi que l’a jugé la Cour dans l’arrêt *Pepsi*, la liberté d’expression des syndicats et de leurs membres durant un conflit de travail contribue largement à transporter sur la place publique le débat sur les conditions de travail (par. 34-35). Comme l’a souligné la Cour dans le même arrêt, la liberté d’expression [TRADUCTION] « offre aux syndicats un moyen de favoriser un débat public sur des questions de négociation collective au sein de la société civile en faisant en sorte que

and the *Charter*: The Supreme Court of Canada and Democratic Values” (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3, at p. 24.

[34] Since the Second World War, the Canadian government has recognized that unions have a role to play in the Canadian economy and society more broadly: George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 1-11 to 1-16. This recognition includes a general acceptance that workers have the right to associate and bargain collectively and that when collective bargaining breaks down, unions and employers may, in certain circumstances, legitimately exert economic sanctions in order to facilitate resolution of the dispute in their favour: Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2nd ed. 2007), at pp. 2 and 457.

[35] Within the labour context, picketing represents a particularly crucial form of expression with strong historical roots. Strikes and picketlines have been used by Canadian unions to exert economic pressure and bargain with employers for over a century: affidavit of Dr. Jeffery M. Taylor, A.R., vol. IV, at p. 35. The use of picketlines is an invaluable tool in the economic arsenal of workers in the collective bargaining process: Rayner, at p. 483. As Judith McCormack, then Chair of the Ontario Labour Relations Board, explained in *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303:

Picketing is . . . part of a group of economic sanctions which are considered key to the scheme of collective bargaining as a whole. While such sanctions are not frequently resorted to in the overall landscape of collective bargaining, it is axiomatic that the underlying threat of such economic conflict is what drives the vast majority of uneventful negotiations and contract settlements. [para. 35]

[36] The effectiveness of picketlines is dependent on the ability of the union to try to convince the

ces questions ne soient plus confinées au domaine étroit des conflits économiques individualisés » (Michael MacNeil, « Unions and the *Charter*: The Supreme Court of Canada and Democratic Values » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3, p. 24).

[34] Depuis la Seconde Guerre mondiale, le gouvernement canadien reconnaît que les syndicats ont un rôle à jouer au sein de l'économie canadienne et de la société en général (George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-11 à 1-16). On en est ainsi venu à accepter de façon générale que les travailleurs ont le droit de s'associer et de négocier collectivement et que, en cas de rupture des négociations collectives, les syndicats et les employeurs peuvent, dans certains cas, exercer légitimement des sanctions économiques pour faciliter le règlement du différend en leur faveur (Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2^e éd. 2007), p. 2 et 457).

[35] Dans le contexte du travail, le piquetage constitue une forme d'expression particulièrement vitale et fermement ancrée dans l'histoire. Les syndicats canadiens recourent aux grèves et aux lignes de piquetage pour exercer des pressions économiques et négocier avec les employeurs depuis plus d'un siècle (affidavit de Jeffery M. Taylor, d.a., vol. IV, p. 35). Le recours aux lignes de piquetage constitue un outil d'une valeur inestimable dans l'arsenal économique des travailleurs au cours des négociations collectives (Rayner, p. 483). Ainsi que Judith McCormack, qui était alors présidente de la Commission des relations de travail de l'Ontario, l'a expliqué dans la décision *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303 :

[TRADUCTION] La mise en place de piquets de grève fait [...] partie d'une série de sanctions économiques qui sont considérées comme un élément essentiel du régime de négociations collectives dans son ensemble. Bien qu'on ne recoure pas fréquemment à ce type de sanctions en matière de négociation collective, il est évident que c'est la menace sous-jacente des conflits économiques qui explique le dénouement sans histoire de la grande majorité des négociations ainsi que la conclusion également sans histoire des conventions collectives. [par. 35]

[36] L'efficacité des lignes de piquetage dépend de la capacité du syndicat de convaincre le public

public not to cross the picketline and do business with the employer. Cory J. recognized the significance of the role of public opinion in *KMart*, where he observed that “it is often the weight of public opinion which will determine the outcome of the dispute”: para. 46. In some cases, this goal may be achieved simply by making others aware of the labour dispute. In others, however, a union may achieve its goal by putting pressure on those who intend to cross the picketline. The imposition of public or economic pressure has come to be accepted as a legitimate price to pay to encourage the parties to resolve their dispute. As McLachlin C.J. and LeBel J. observed in *Pepsi*, strikes are not tea parties: para. 90. This Court has acknowledged that such pressure is permissible as long as it does not rise to the level of a tortious or criminal act: *Pepsi*, at paras. 96 and 101-7.

[37] *PIPA* imposes restrictions on a union’s ability to communicate and persuade the public of its cause, impairing its ability to use one of its most effective bargaining strategies in the course of a lawful strike. In our view, this infringement of the right to freedom of expression is disproportionate to the government’s objective of providing individuals with control over personal information that they expose by crossing a picketline.

[38] This conclusion does not require that we condone all of the Union’s activities. The breadth of *PIPA*’s restrictions makes it unnecessary to examine the precise expressive activity at issue in this case. It is enough to note that, like privacy, freedom of expression is not an absolute value and both the nature of the privacy interests implicated and the nature of the expression must be considered in striking an appropriate balance. To the extent that *PIPA* restricted the Union’s collection, use and disclosure of personal information for legitimate labour relations purposes, the *Act* violates s. 2(b) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

de ne pas les franchir et de s’abstenir de faire affaire avec l’employeur. Le juge Cory a reconnu l’importance de l’opinion publique dans l’arrêt *KMart*, où il a fait observer que « c’est souvent le poids de l’opinion publique qui détermine l’issue [du] conflit » (par. 46). Dans certains cas, on peut atteindre cet objectif simplement en faisant connaître l’existence du conflit de travail. Dans d’autres, toutefois, le syndicat peut atteindre son objectif en exerçant des pressions sur les personnes qui ont l’intention de franchir la ligne de piquetage. On en est venu à accepter que l’exercice de pressions publiques ou économiques constitue un prix légitime à payer pour inciter les parties à régler leur différend. Comme la juge en chef McLachlin et le juge LeBel l’ont fait observer dans l’arrêt *Pepsi*, une grève n’est pas une partie de plaisir (par. 90). La Cour a reconnu que cette pression était permise dès lors qu’elle ne dégénère pas au point de donner lieu à un acte délictueux ou criminel (*Pepsi*, par. 96 et 101-107).

[37] La *PIPA* restreint la faculté du syndicat de communiquer avec le public et de le convaincre du bien-fondé de sa cause, compromettant ainsi sa capacité de recourir à une de ses stratégies de négociation les plus efficaces au cours d’une grève légale. À notre avis, cette atteinte au droit à la liberté d’expression est disproportionnée par rapport à l’objectif du gouvernement d’accorder aux personnes un droit de regard sur les renseignements personnels qu’elles exposent en franchissant une ligne de piquetage.

[38] Cette conclusion ne nous oblige pas à cautionner toutes les activités du syndicat. Vu l’ampleur des restrictions imposées par la *Loi*, il n’est pas nécessaire d’examiner l’activité expressive précise en litige dans la présente affaire. Il suffit de souligner qu’à l’instar de la protection de la vie privée, la liberté d’expression n’est pas une valeur absolue et qu’on doit tenir compte à la fois de la nature des droits à la vie privée en jeu et de celle de l’expression pour atteindre un juste équilibre entre eux. Dans la mesure où la *PIPA* empêchait le syndicat de recueillir, d’utiliser et de communiquer des renseignements personnels à des fins légitimes de relations du travail, la *Loi* viole l’al. 2b) de la *Charte* et cette violation ne saurait se justifier au sens de l’article premier.

[39] Accordingly, we would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, and the *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they restrict a union's ability to collect, use or disclose personal information during the course of a lawful strike?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

[40] Both the Information and Privacy Commissioner of Alberta and the Attorney General of Alberta stated in oral argument that if they were unsuccessful, they would prefer that *PIPA* be struck down in its entirety. We agree. Given the comprehensive and integrated structure of the statute, we do not think it is appropriate to pick and choose among the various amendments that would make *PIPA* constitutionally compliant: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 80; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707.

[41] We would therefore declare *PIPA* to be invalid but suspend the declaration of invalidity for a period of 12 months to give the legislature time to decide how best to make the legislation constitutional. Rather than sustain the constitutional exemption ordered by the Court of Appeal, we would simply quash the Adjudicator's order.

[42] The Union is entitled to its costs.

[39] Par conséquent, nous sommes d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, et le *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, portent-ils atteinte aux droits protégés par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils limitent la capacité d'un syndicat de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels pendant une grève légale?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut être démontrée dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

[40] Tant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée que le procureur général de l'Alberta ont affirmé lors des débats que s'ils n'obtenaient pas gain de cause, ils préféreraient que la *PIPA* soit invalidée en entier. Nous sommes du même avis. Compte tenu de l'économie exhaustive et intégrée de la *Loi*, il ne nous paraît pas approprié de faire un tri parmi les diverses modifications qui rendraient la *PIPA* conforme à la Constitution (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 80; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 707).

[41] Nous sommes par conséquent d'avis de déclarer la *PIPA* invalide, mais de suspendre cette déclaration d'invalidité pendant 12 mois afin de donner à la législature albertaine le temps nécessaire pour décider de la meilleure façon de rendre la loi constitutionnelle. Nous sommes en outre d'avis d'annuler simplement l'ordonnance de l'arbitre plutôt que de confirmer l'exemption constitutionnelle décrétée par la Cour d'appel.

[42] Le syndicat a droit à ses dépens devant toutes les cours.

Appeal substantially dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Alberta: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Chivers Carpenter, Edmonton.

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.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto; Office of the Privacy Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torsys, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Lovett Westmacott, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Alberta Federation of Labour: Chivers Carpenter, Edmonton.

Pourvoi rejeté en grande partie avec dépens.

Procureurs de l'appellant Information and Privacy Commissioner of Alberta : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

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

Procureurs de l'intimé : Chivers Carpenter, Edmonton.

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.

Procureurs de l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torsys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia : Lovett Westmacott, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Alberta Federation of Labour : Chivers Carpenter, Edmonton.

**La Souveraine, Compagnie
d'assurance générale** *Appellant*

v.

Autorité des marchés financiers *Respondent*

**INDEXED AS: LA SOUVERAINE, COMPAGNIE
D'ASSURANCE GÉNÉRALE v. AUTORITÉ DES
MARCHÉS FINANCIERS**

2013 SCC 63

File No.: 34699.

2013: March 20; 2013: November 21.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis
and Wagner JJ.

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

Provincial offences — Financial products and services — Nature of offence — Strict liability — Insurance company charged with committing offence on number of occasions by helping or inducing, through its consent and/or authorization, third party to violate regulatory provision — Regulator not responding to written explanations from insurance company before issuing statements of offence — Whether offence at issue one of strict liability — If so, whether proof of mens rea required — Whether actus reus of offence proved beyond reasonable doubt — Whether offence is discrete offence or party liability offence — Whether single conviction should be substituted for multiple convictions entered at trial — Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2, ss. 482, 491.

Provincial offences — Defences — Due diligence — Officially induced error — Conditions for availability of defence based on reasonable mistake of law — Whether official's passive conduct may be reasonably relied on as approval or inducement.

S is an Alberta insurance company that is registered with the Autorité des marchés financiers (“AMF” or “Authority”) and is authorized to sell insurance products in

**La Souveraine, Compagnie d'assurance
générale** *Appelante*

c.

Autorité des marchés financiers *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : LA SOUVERAINE, COMPAGNIE
D'ASSURANCE GÉNÉRALE c. AUTORITÉ DES
MARCHÉS FINANCIERS**

2013 CSC 63

N° du greffe : 34699.

2013 : 20 mars; 2013 : 21 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Infractions provinciales — Produits et services financiers — Nature des infractions — Responsabilité stricte — Société d'assurance accusée d'avoir commis une infraction à de multiples reprises en aidant ou en amenant, par son consentement et/ou son autorisation, un tiers à enfreindre une disposition de droit réglementaire — Autorité réglementaire n'ayant pas répondu aux explications écrites de la société d'assurance avant d'émettre les constats d'infraction — L'infraction en cause est-elle de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la preuve de la mens rea est-elle requise? — La preuve de l'actus reus de l'infraction a-t-elle été faite hors de tout doute raisonnable? — L'infraction reprochée constitue-t-elle une infraction distincte ou une infraction de responsabilité stricte en tant que participant? — Les déclarations de culpabilité multiples inscrites au procès devraient-elles être remplacées par une seule déclaration de culpabilité? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., ch. D-9.2, art. 482, 491.

Infractions provinciales — Moyens de défense — Diligence raisonnable — Erreur provoquée par une personne en autorité — Conditions de recevabilité de la défense fondée sur une erreur de droit raisonnable — La conduite passive d'une personne en autorité peut-elle raisonnablement être interprétée comme une approbation ou une incitation?

S est une société d'assurance albertaine inscrite auprès de l'Autorité des marchés financiers (« AMF » ou « Autorité ») et autorisée à vendre des produits

Quebec; it offers such products through brokers. The AMF issued 56 statements of offence against S for helping or inducing, through its consent and/or authorization, a broker that was not registered with the AMF to violate a provision of the *Act respecting the distribution of financial products and services*, R.S.Q., c. D-9.2 (“*ADFPS*”).

Before the statements of offence were issued, S had replied in writing to a request from the AMF for information, explaining why in S’s view, its conduct was not problematic. The AMF issued the statements of offence more than six months later without responding to S’s written explanations.

The trial judge convicted S on the basis that it had authorized, permitted or consented to the distribution by its broker of insurance products for property located in Quebec although it knew that the broker did not hold the licences required by the *ADFPS*. According to the trial judge, the offence at issue is one of strict liability, and the defence raised by S on the basis of a mistake of law was not valid.

The Superior Court allowed S’s appeal and acquitted S on the basis that neither the *actus reus* nor the *mens rea* of the offence had been proved beyond a reasonable doubt. According to the Superior Court, the offence at issue requires proof of a wilful act and of a specific intent, which had not been shown, since S had not known that its broker was breaking the law.

The Court of Appeal allowed the AMF’s appeal and restored the 56 convictions of S for the offence in question, which it characterized as one of strict liability. Concerning the *actus reus*, the majority of the Court of Appeal found that the authorization S had given its broker was sufficient to establish this element of the offence. They added that the due diligence defence is not available where the mistake being relied on is one of law and that the AMF’s failure to respond to S’s written explanations did not transform that mistake into one of mixed fact and law.

Held (LeBel and Fish JJ. dissenting in part and Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed with costs.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The Court of Appeal was right to review the Superior Court’s conclusions with regard to both *mens rea* and the *actus reus*. Had it not been for the Superior Court’s

d’assurance au Québec, lesquels sont offerts par l’entremise de courtiers. L’AMF a déposé 56 constats d’infraction contre S pour avoir aidé ou amené, par son consentement et/ou son autorisation, un courtier non-inscrit auprès de l’AMF à enfreindre une disposition de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2 (« *LDPSF* »).

Préalablement au dépôt des constats d’infraction, S avait répondu par écrit à la demande d’informations de l’AMF en précisant les raisons pour lesquelles sa conduite ne posait pas, selon S, problème. L’AMF a procédé au dépôt des constats d’infraction plus de six mois plus tard sans répondre aux explications écrites données par S.

Le juge du procès a conclu à la culpabilité de S au motif qu’elle avait autorisé, permis ou consenti que soient distribués par son courtier des produits d’assurance à l’égard de biens situés au Québec sachant que ce dernier ne détenait pas les permis requis par la *LDPSF*. Selon le juge du procès, l’infraction en cause est une de responsabilité stricte, et le moyen de défense invoqué par S sur la base d’une erreur de droit n’était pas recevable.

La Cour supérieure a accueilli l’appel de S et a prononcé son acquittement au motif que ni l’*actus reus*, ni la *mens rea* de l’infraction n’ont été prouvés hors de tout doute raisonnable. Selon la Cour supérieure, l’infraction en cause exigeait la preuve d’un acte volontaire de même que d’une intention spécifique, laquelle n’a pas été démontrée car S ne savait pas que son courtier avait agi en violation de la loi.

La Cour d’appel a fait droit à l’appel de l’AMF et a rétabli les 56 condamnations de S quant à l’infraction en cause, qualifiant cette dernière de responsabilité stricte. Au sujet de l’*actus reus*, la majorité de la Cour d’appel est d’avis que l’autorisation donnée par S à son courtier était suffisante pour établir l’élément matériel de l’infraction. Elle ajoute que la défense de diligence raisonnable n’est pas recevable en cas d’erreur de droit et que le défaut de l’AMF de répondre aux explications écrites de S ne transforme pas cette erreur en erreur mixte de fait et de droit.

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie et la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté avec dépens.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La Cour d’appel a eu raison de traiter des conclusions de la Cour supérieure tant en ce qui concerne la *mens rea* que l’*actus reus*. N’eût été la conclusion de la Cour supérieure sur

conclusion that proof of *mens rea* was required for the offence at issue, that court would not have arrived at the same interpretation of the content of the *actus reus*, and the *ratio decidendi* of its judgment would have been different. Those issues are inextricably linked, and the Court of Appeal therefore had jurisdiction to decide the *actus reus* issue and set aside the acquittal entered by the Superior Court. Otherwise, the appeal to the Court of Appeal on the issue of *mens rea* would have become moot and irrelevant.

The offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is a regulatory offence. Such offences are generally strict liability offences, and strict liability offences do not require proof of *mens rea*. In enacting the *ADFPS*, the Quebec legislature chose to establish an independent offence in s. 482 rather than establishing a mode of participation in the commission of an offence as has been done in s. 21(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

The difference between the wording of s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* and that of s. 482 of the *ADFPS*, and in particular the omission of the words “for the purpose of” from s. 482 of the *ADFPS*, confirms the general rule that, unless otherwise indicated, regulatory offences adopted to protect the public fall into the category of strict liability offences. In this case, proof of *mens rea* was not required: it was not necessary to prove that S knew its broker intended to break the law or that the former had the specific intent of helping or inducing the latter to do so.

On the *actus reus* of the offence, the evidence shows that S’s conduct was not, strictly speaking, passive, since its failure to object in a timely manner to its broker’s actions constituted consent and/or authorization within the meaning of s. 482 of the *ADFPS*. S’s conduct had the effect of provoking a violation of the law by its broker, which means that the *actus reus* of the offence has been established beyond a reasonable doubt. S can avoid liability only by showing that it acted with due diligence.

The due diligence defence is available if the defendant reasonably believed in a mistaken set of facts that, if true, would have rendered his or her act or omission innocent. A defendant can also avoid liability by showing that he or she took all reasonable steps to avoid the particular event. However, this defence will not be available if the defendant relies solely on a mistake of law to explain the commission of the offence. A mistake of law can ground a

l’exigence d’une *mens rea* eu égard à l’infraction en cause, elle n’en serait pas arrivée à la même interprétation du contenu de l’*actus reus*, et le *ratio decidendi* de son jugement aurait été autre. Ces questions sont inextricablement liées et la Cour d’appel avait donc compétence pour trancher la question de l’*actus reus* et annuler l’acquittal prononcé par la Cour supérieure. S’il en avait été autrement, le pourvoi formé devant la Cour d’appel sur la question de la *mens rea* devenait théorique et dénué de tout intérêt.

L’infraction créée par l’art. 482 de la *LDPSF* est une infraction réglementaire. Une infraction de cette nature appartient en général à la catégorie des infractions de responsabilité stricte, lesquelles n’exigent pas la preuve de *mens rea*. En adoptant la *LDPSF*, le législateur québécois a choisi d’édicter à l’art. 482 une infraction autonome, et non d’établir un mode de participation à la commission d’une infraction analogue à ce qui est prévu à l’al. 21(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

La différence textuelle entre l’al. 21(1)(b) du *Code criminel* et l’art. 482 de la *LDPSF*, notamment l’omission d’inclure les mots « en vue de » à l’art. 482 de la *LDPSF*, confirme la règle générale selon laquelle, sauf indication contraire, les infractions réglementaires adoptées pour la protection du public appartiennent à la catégorie des infractions de responsabilité stricte. En l’espèce, aucune preuve de *mens rea* n’était requise : il n’était pas nécessaire de prouver que S savait que son courtier entendait enfreindre la loi ou encore qu’elle avait l’intention spécifique de l’aider ou de l’amener à le faire.

Quant à l’*actus reus* de l’infraction, la preuve démontre que la conduite de S n’était pas *stricto sensu* passive car son défaut de s’opposer en temps utile aux gestes de son courtier constitue un consentement et/ou une autorisation au sens de l’art. 482 de la *LDPSF*. La conduite de S a eu l’effet de provoquer une violation de loi par son courtier et, partant, l’élément matériel de l’infraction a été établi hors de tout doute raisonnable. S ne peut écarter sa responsabilité qu’en démontrant qu’elle a agi avec diligence raisonnable.

La défense de diligence raisonnable est recevable si le défendeur croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s’il avait existé, aurait rendu l’acte ou l’omission innocent. De plus, le défendeur qui démontre qu’il a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter que l’événement en question ne se produise pourra échapper à la responsabilité. Cette défense ne sera cependant pas recevable si le défendeur n’invoque

valid defence only if the mistake was an officially induced error and if the conditions with respect to the application of such a defence are met. No matter how reasonable a mistake of law may be, it cannot — unlike a mistake of fact or an officially induced error — serve as a valid defence in the case of a strict liability offence. The objective of public protection that underlies the creation of regulatory offences militates strongly against accepting a *general* defence of reasonable mistake of law in this context.

Finally, although it is true that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is a discrete and independent offence and that S is not liable for the offences committed by its broker, this does not mean that S cannot have committed several discrete offences. That is in fact what occurred here. It would nevertheless be preferable for a prosecutor, when exercising its discretion to issue multiple statements of offence, to assess the context in which the offences were committed on a case-by-case basis.

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part in order to substitute a single conviction for the 56 convictions entered at trial and restored by the Court of Appeal.

S stands convicted 56 times for what, as a matter of law, was a single offence. Section 482 of the *ADFPS* creates a discrete substantive offence, rather than a party liability offence. Manifestly, an insurer found to have violated s. 482 of the *ADFPS* is neither guilty of the same offence nor liable to the same penalty as the firm it helped or induced to contravene *another provision of the Act or regulations*. Party liability is expressly provided for in s. 491 of the *ADFPS*.

Section 491 was adopted in its present form in 2009. Had it been in force in 2006, when the proceedings in this case were instituted, it would have been open to the Authority to charge S with having participated as a party in the 56 offences under another provision of the Act committed by its broker. Here, without the benefit of s. 491, the Authority charged S with 56 counts under s. 482 — a substantive offence with a different penalty — and claimed 56 times the mandatory minimum penalty under

qu'une erreur de droit pour expliquer la commission de l'infraction. L'erreur de droit ne peut servir à fonder une défense valable que si elle a été provoquée par une personne en autorité et si les conditions limitant l'application de cette défense sont respectées. Aussi raisonnable que puisse être une erreur de droit, contrairement à l'erreur de fait et à l'exception fondée sur une erreur de droit provoquée par une personne en autorité, cette erreur de droit ne peut servir de défense valable dans le cas d'une infraction de responsabilité stricte. L'objectif de la protection du public qui est à la base de la création des infractions réglementaires milite fortement contre la recevabilité d'une défense *générale* d'erreur de droit raisonnable dans ce domaine.

Enfin, s'il est vrai que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* est une infraction distincte et indépendante et que S n'est pas responsable des infractions commises par son courtier, ce constat n'exclut pas pour autant la possibilité que S ait commis plusieurs infractions distinctes. Tel est le cas en l'espèce. Il serait néanmoins souhaitable que le poursuivant apprécie, au cas par cas, le contexte entourant la perpétration des infractions lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire de déposer des constats d'infractions multiples.

Les juges LeBel et Fish (dissidents en partie) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie afin de substituer une seule déclaration de culpabilité aux 56 qui ont été inscrites à l'issue du procès et rétablies par la Cour d'appel.

S a été reconnue coupable de 56 accusations qui, en droit, ne visaient qu'une seule et même infraction. L'article 482 de la *LDPSF* crée une infraction substantielle distincte, plutôt qu'une infraction de responsabilité en tant que participant. De toute évidence, l'assureur reconnu coupable d'avoir enfreint l'art. 482 de la *LDPSF* n'est ni coupable de la même infraction, ni passible de la même peine que le cabinet qu'il a aidé ou amené à enfreindre *une autre disposition de la Loi ou de ses règlements*. La responsabilité en tant que participant est expressément prévue à l'art. 491 de la *LDPSF*.

L'article 491 a été adopté dans sa forme actuelle en 2009. S'il avait été en vigueur en 2006, lorsque la poursuite a été intentée dans la présente affaire, il aurait été loisible à l'Autorité d'accuser S d'avoir agi en tant que participant aux 56 infractions prévues par une autre disposition de la Loi commises par son courtier. En l'espèce, alors qu'elle ne disposait pas de l'art. 491, l'Autorité a déposé contre S 56 chefs d'accusation en vertu de l'art. 482 — une infraction substantielle

s. 482 as if S, *under that section*, was a party to the offences allegedly committed by its broker.

Nowhere does s. 482 of the *ADFPS* provide that an insurer or its mandatary is liable for offences committed by the person or firm induced — by either the insurer or its mandatary — to commit them. Insurer and mandatary alike, when they aid or induce another to commit a substantive offence under the *ADFPS*, such as s. 482, may now be prosecuted under s. 491 of the *ADFPS* as parties to that offence. But they are not liable as parties when charged under s. 482, as S was in this case. The decision to create a discrete substantive offence by enacting s. 482 represents a deliberate legislative choice to which courts must give effect.

Per Abella J. (dissenting): The appeal should be allowed and the proceedings stayed.

To date, officially induced error has only been used as a defence in circumstances where an official actually gave erroneous information to an accused. It has been seen, in other words, as requiring official conduct of an *active* kind. But there is no principled basis for excluding conduct of a more passive nature, including silence from an official, which could, in some circumstances, reasonably be relied on as approval, or an “inducement”. This is particularly the case if the silence occurs in a regulatory framework that demonstrably requires a degree of expedition, such as the one S, an insurance company, was subject to. Underlying the defence of officially induced error is the broad principle that an individual not be held culpable when he or she is induced by an official’s conduct into relying on a reasonable but incorrect understanding of the law. Punishing a regulated entity who is dependent on the regulator’s timely response, and reasonably relies on its silence, perpetuates the very injustice that led to the development of the strict liability defences in the first place: finding the morally innocent culpable.

passible d’une peine différente — et a réclamé pour chacune des 56 accusations la peine minimale obligatoire prévue à l’égard de l’art. 482, tout comme si S était, *sur le fondement de cette disposition*, responsable en tant que participant des infractions reprochées à son courtier.

L’article 482 de la *LDPSF* n’indique d’aucune façon qu’un assureur ou, selon le cas, son mandataire est responsable des infractions commises par la personne ou le cabinet que l’un ou l’autre a amené à commettre. Tant les assureurs que leurs mandataires, lorsqu’ils aident ou amènent quelqu’un à commettre une infraction substantielle établie par la *LDPSF*, par exemple celle prévue à l’art. 482, peuvent désormais être poursuivis en vertu de l’art. 491 de cette loi en tant que participants à cette infraction. Ils n’engagent cependant pas leur responsabilité en tant que participants lorsqu’ils font l’objet d’accusations fondées sur l’art. 482, comme le fut S en l’espèce. La décision de créer une infraction substantielle distincte en édictant l’art. 482 représente un choix législatif délibéré, auquel les tribunaux doivent donner effet.

La juge Abella (dissidente) : Le pourvoi devrait être accueilli et les procédures arrêtées.

Jusqu’à maintenant, la défense fondée sur l’erreur provoquée par une personne en autorité n’a été invoquée que dans des cas où la personne en autorité a concrètement fourni des renseignements erronés à l’accusé. Autrement dit, on a considéré que ce moyen de défense exigeait une conduite de nature *active* de la part de la personne en autorité. Aucun principe ne justifie toutefois d’exclure une conduite de nature plus passive, par exemple le silence d’une personne en autorité. Dans certaines circonstances, un tel silence pourrait raisonnablement être interprété comme une approbation ou une « incitation ». C’est particulièrement le cas si le silence survient dans le contexte d’activités réglementées requérant manifestement célérité, comme celui dans lequel agissait la société d’assurances S. La défense fondée sur l’erreur provoquée par une personne en autorité repose sur le principe général selon lequel un individu ne doit pas être déclaré coupable lorsque la conduite d’une personne en autorité l’a amené à se fonder sur une interprétation raisonnable, mais incorrecte, du droit applicable. Punir une entité réglementée qui avait besoin d’une réponse en temps utile de la part de l’organisme de réglementation et qui, raisonnablement, s’est fiée au silence de ce dernier, a pour effet de perpétuer l’injustice même qui est à l’origine de la reconnaissance de moyens de défense opposables aux infractions de responsabilité stricte : les déclarations de culpabilité prononcées contre des personnes moralement innocentes.

The question in dealing with an official's passive conduct is whether a reasonable person in the position of the accused would have expected the official to inform him or her in a timely way that their understanding of the law was incorrect. The responsibilities of the official and the field and complexity of the regulation at issue will be relevant, as will the extent to which the accused could reasonably have expected a timely response in order to carry on its undertakings. If a body charged with supervising a regulatory domain fails inexplicably to respond relatively promptly to an accused's erroneous assertion, it shares the blame for the accused's ignorance of the law. In such circumstances, it is inappropriate for that very regulatory body to bring charges against an accused who has reasonably relied on its silence.

S took reasonable steps to satisfy itself that it was not violating the law. It set out its understanding of the relevant legal requirements and the basis for its understanding in an unambiguous letter to the investigator responsible for the file. Yet rather than respond to S's letter, 7 months later the regulatory body brought 56 charges. It was reasonable for S to rely on the regulatory body's conduct — in this case silence — as confirmation that its understanding of the law was correct and as an inducement to conduct itself accordingly. The regulatory body had a duty to be diligent in performing its statutory role. Had that body responded in any way, let alone in a timely one, S could have brought itself in conformity with the law.

Cases Cited

By Wagner J.

Applied: *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; **referred to:** *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420; *Marston v. Autorité des marchés financiers*, 2009 QCCA 2178 (CanLII); *R. v. F. W. Woolworth Co. Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 629; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Demers v. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 (CanLII); *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *Molis v.*

Lorsque le tribunal apprécie la conduite passive d'une personne en autorité, il doit se demander si une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'accusé se serait attendue à ce que la personne en autorité l'informe en temps utile que son interprétation de la loi était incorrecte. Les responsabilités exercées par la personne en autorité ainsi que le domaine et la complexité du règlement en litige devront être examinés, tout comme la mesure dans laquelle l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre à recevoir en temps utile une réponse lui permettant d'exercer ses activités. Si une entité chargée de la supervision d'un secteur réglementé omet de manière inexplicable de réagir relativement promptement à une affirmation erronée de l'accusé, elle partage la responsabilité à l'égard de l'ignorance de la loi de l'accusé. En pareilles circonstances, il est malvenu pour ce même organisme de réglementation de porter des accusations contre une personne qui s'est raisonnablement fondée sur son silence.

S a pris des mesures raisonnables pour s'assurer qu'elle ne contrevenait pas à la loi. Elle a exposé son interprétation des exigences légales pertinentes, ainsi que les fondements de cette interprétation, dans une lettre rédigée en termes non ambigus qu'elle a adressée à l'enquêteur responsable du dossier. Malgré cela, au lieu de répondre à la lettre de S, l'organisme de réglementation a plutôt déposé 56 accusations contre celle-ci 7 mois plus tard. Il était raisonnable pour S de considérer la conduite de l'organisme de réglementation — en l'occurrence son silence — comme une confirmation que l'interprétation qu'elle faisait du droit applicable était exacte, et comme une invitation à agir sur la foi de cette interprétation. L'organisme de réglementation avait l'obligation de s'acquitter avec diligence du rôle qui lui est conféré par la loi. Si cet organisme avait répondu d'une quelconque façon, et en temps utile de surcroît, S aurait pu se conformer à la loi.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêt appliqué : *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; **arrêts mentionnés :** *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420; *Marston c. Autorité des marchés financiers*, 2009 QCCA 2178 (CanLII); *R. c. F. W. Woolworth Co. Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 629; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 (CanLII); *R. c.*

The Queen, [1980] 2 S.C.R. 356; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

By Fish J. (dissenting in part)

Demers v. Autorité des marchés financiers, 2013 QCCA 323 (CanLII).

By Abella J. (dissenting)

R. v. City of Sault Ste. Marie, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting insurance, R.S.Q., c. A-32.
Act respecting the Autorité des marchés financiers, R.S.Q., c. A-33.2, ss. 4(2), (3), 7.
Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2, ss. 71, 462, 482, 487, 491 [am. 2009, c. 58, s. 85].
Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1, art. 291.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21.
Securities Act, R.S.Q., c. V-1.1, s. 208.

Authors Cited

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Létourneau, Gilles. *Code de procédure pénale du Québec: annoté*, 9^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
 Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2008.
 Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2007.
 Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 41, n^o 47, 1^{re} sess., 39^e lég., 26 novembre 2009, p. 20-21.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond and Kasirer JJ.A. and Cournoyer J. (*ad hoc*)), 2012 QCCA 13, [2012] R.J.Q. 111, [2012] J.Q. n^o 33 (QL), 2012 CarswellQue 36, SOQUIJ AZ-50819137, setting aside a decision of Martin J., 2009 QCCS 4494, [2009] Q.J. No. 10913 (QL), 2009 CarswellQue 10003, SOQUIJ AZ-50578234, setting aside a

Jorgensen, [1995] 4 R.C.S. 55; *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Citée par le juge Fish (dissident en partie)

Demers c. Autorité des marchés financiers, 2013 QCCA 323 (CanLII).

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Ville de Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21.
Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1, art. 291.
Loi sur l'Autorité des marchés financiers, L.R.Q., ch. A-33.2, art. 4(2), (3), 7.
Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., ch. D-9.2, art. 71, 462, 482, 487, 491 [mod. 2009, ch. 58, art. 85].
Loi sur les assurances, L.R.Q., ch. A-32.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., ch. V-1.1, art. 208.

Doctrine et autres documents cités

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Létourneau, Gilles. *Code de procédure pénale du Québec: annoté*, 9^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
 Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2008.
 Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2007.
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 41, n^o 47, 1^{re} sess., 39^e lég., 26 novembre 2009, p. 20-21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond et Kasirer et le juge Cournoyer (*ad hoc*)), 2012 QCCA 13, [2012] R.J.Q. 111, [2012] J.Q. n^o 33 (QL), 2012 CarswellQue 36, SOQUIJ AZ-50819137, qui a infirmé une décision du juge Martin, 2009 QCCS 4494, [2009] Q.J. No. 10913 (QL), 2009 CarswellQue 10003, SOQUIJ AZ-50578234, laquelle avait infirmé une

decision of Boisvert J.C.Q., 2008 QCCQ 10557, [2008] J.Q. n° 12056 (QL), 2008 CarswellQue 11563, SOQUIJ AZ-50522982. Appeal dismissed, LeBel and Fish JJ. dissenting in part and Abella J. dissenting.

Jean-Claude Hébert and Patrick Henry, for the appellant.

Éric Blais and Tristan Desjardins, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. delivered by

[1] WAGNER J. — The appellant, La Souveraine, Compagnie d’assurance générale (“La Souveraine”), is appealing a judgment of the Quebec Court of Appeal dated January 10, 2012. The Court of Appeal allowed an appeal of the respondent, the Autorité des marchés financiers (“AMF”), from a judgment rendered by the Quebec Superior Court on October 6, 2009 in which that court had set aside a decision of the Court of Québec dated November 10, 2008. The Court of Québec had convicted La Souveraine of committing, 56 times, the offence provided for in s. 482 of the *Act respecting the distribution of financial products and services*, R.S.Q., c. D-9.2 (“*ADFPS*”).

[2] The appellant argues that the offence of which it was convicted requires proof of *mens rea* and that the subjective element of the offence was not proved beyond a reasonable doubt. In the alternative, it submits that, even if the offence is a strict liability offence, the *actus reus* was not proved. Finally, it argues that, in any event, it exercised due diligence and that, for all these reasons, this Court should acquit it.

[3] For the reasons that follow, I find that the appeal must fail. The offence in question is one of strict liability. The *actus reus* was established, and the due diligence defence was not available in this

décision du juge Boisvert, 2008 QCCQ 10557, [2008] J.Q. n° 12056 (QL), 2008 CarswellQue 11563, SOQUIJ AZ-50522982. Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie et la juge Abella est dissidente.

Jean-Claude Hébert et Patrick Henry, pour l’appelante.

Éric Blais et Tristan Desjardins, pour l’intimée.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner a été rendu par

[1] LE JUGE WAGNER — L’appelante, La Souveraine, Compagnie d’assurance générale (« La Souveraine »), se pourvoit contre un arrêt rendu le 10 janvier 2012 par la Cour d’appel du Québec. Cette dernière a accueilli l’appel formé par l’intimée, l’Autorité des marchés financiers (« AMF »), contre un jugement daté du 6 octobre 2009 de la Cour supérieure du Québec, qui avait infirmé une décision rendue le 10 novembre 2008 par la Cour du Québec déclarant La Souveraine coupable d’avoir commis à 56 reprises l’infraction définie à l’art. 482 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2 (« *LDPSF* »).

[2] L’appelante plaide qu’elle a été reconnue coupable d’une infraction exigeant la preuve de la *mens rea* et que l’élément subjectif de l’infraction n’a pas été établi hors de tout doute raisonnable. Subsidiairement, elle soutient que, même s’il s’agissait d’une infraction de responsabilité stricte, l’*actus reus* n’a pas été prouvé. Finalement, elle ajoute qu’en tout état de cause, elle a fait preuve de diligence raisonnable et que, pour toutes ces raisons, notre Cour devrait prononcer l’acquiescement.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que l’appel est mal fondé. L’infraction reprochée est une infraction de responsabilité stricte. L’*actus reus* a été établi et, en l’espèce, la défense de

case, because the appellant was relying on a pure mistake of law.

I. Background

[4] The appellant is an Alberta insurance company that is duly registered with the AMF under the *Act respecting insurance*, R.S.Q., c. A-32, and is authorized to sell insurance products in Quebec. It generally offers its products through a number of brokers that operate in various regions of Canada. Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd. (“Flanders”), a Winnipeg-based company, was one of those brokers, but since it was not registered with the AMF, it was not authorized to offer insurance products in Quebec.

[5] In 2004, Flanders, acting on the appellant’s behalf, negotiated and issued to the insured, GE Commercial Distribution Finance Canada (“GE”), a master policy on inventories of goods financed by GE, namely recreational vehicles at various dealerships across Canada. Of those dealerships, 56 with establishments in Quebec agreed to participate under the master policy strictly to insure the portion of their inventories to which GE’s coverage applied. The broker then issued to each Quebec participant an individual insurance certificate in which GE was named as the [TRANSLATION] “insured” and the dealership as the “certificate holder”. I should add that the insurance premiums were paid directly to the broker by GE, which billed the dealerships for them on a monthly basis. Any indemnity payable by the appellant following the occurrence of an event covered by the policy was paid directly to GE in Ontario.

[6] A competitor of Flanders that had previously done what Flanders was now doing filed a complaint with the AMF alleging, *inter alia*, that Flanders was pursuing these activities in Quebec without holding the required licences. The AMF began its investigation on January 13, 2005.

[7] In April of that year, the AMF asked the appellant for information about its business

diligence raisonnable n’était pas recevable car l’appelante invoquait une pure erreur de droit.

I. Le contexte

[4] L’appelante est une société d’assurance albertaine, dûment inscrite auprès de l’AMF en vertu de la *Loi sur les assurances*, L.R.Q., ch. A-32, et autorisée à vendre des produits d’assurance au Québec. De façon générale, elle offre ses produits par l’entremise d’un certain nombre de courtiers qui exercent leurs activités dans diverses régions du Canada. Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd. (« Flanders »), entreprise basée à Winnipeg, est l’un de ces courtiers, mais comme il n’était pas inscrit auprès de l’AMF, il n’était pas autorisé à offrir des produits d’assurance au Québec.

[5] En 2004, ce courtier négocie et délivre pour le compte de l’appelante une police-cadre d’assurance à l’assuré, GE Financement commercial aux détaillants Canada (« GE »), pour assurer les inventaires des biens financés par cette dernière, à savoir des véhicules récréatifs chez différents concessionnaires situés partout au Canada. De ce groupe, 56 concessionnaires ayant leur établissement au Québec ont adhéré à la police-cadre, strictement pour assurer la partie de leur inventaire soumise à la garantie de GE. Le courtier a par la suite délivré à chacun des adhérents québécois un certificat individuel d’assurance qui désigne GE à titre d’« assuré » et le concessionnaire comme « titulaire du certificat ». Il convient d’ajouter que les primes d’assurance sont payées directement au courtier par GE, qui les facture mensuellement aux concessionnaires. Toute indemnité payable par l’appelante à la suite de la réalisation d’un risque garanti est encaissée directement par GE en Ontario.

[6] Une entreprise concurrente de Flanders qui occupait le même rôle que ce courtier auparavant, dépose une plainte auprès de l’AMF et allègue, entre autres, que Flanders exerce ces activités au Québec sans détenir les permis requis. Le 13 janvier 2005, l’AMF entreprend son enquête.

[7] En avril 2005, l’AMF demande à l’appelante certaines informations sur ses rapports commerciaux

relationship with Flanders and GE, and about the insurance products covering the inventories financed by GE for the dealerships located in Quebec.

[8] On June 10, 2005, the appellant replied in writing that, in its view, the licensing issue was not problematic, since GE, Flanders' client, had its head office in Ontario. The appellant added that the master policy had been negotiated and issued in Ontario and that the premiums were paid directly to Flanders by GE. It also mentioned that, in the event of a loss, the indemnity was payable directly to GE and not to the dealership. At the same time, the appellant sent the AMF a list of the Quebec dealerships that were participants under the master policy issued to GE.

[9] On August 25, 2005, Flanders invited the Quebec dealerships to renew their individual insurance certificates.

[10] In January 2006, the AMF issued 56 statements of offence against the appellant. This was the first "communication" between the parties since the last letter the appellant had sent on June 10, 2005.

[11] The statements of offence, which the appellant contested, were worded as follows:

[TRANSLATION] At [place], on or about August 25, 2005, did consent to and/or authorize the issuance by Flanders . . . , a firm not registered with the Autorité des marchés financiers, of a floor plan insurance policy, number . . . to [name of dealership], contrary to section 71 of the [ADFPS] (the "Act"), thereby committing the offence provided for in section 482 of the Act and rendering itself liable to the penalty provided for in section 490 of the Act.

II. Judicial History

[12] Judge Boisvert of the Court of Québec convicted the appellant of the 56 offences (2008 QCCQ 10557 (CanLII)). He found that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is one of strict liability. He added that regardless of whether the offence is one of strict or specific

avec Flanders et GE, ainsi que sur les produits d'assurance garantissant les inventaires financés par GE pour le compte des concessionnaires situés au Québec.

[8] Le 10 juin 2005, l'appelante répond par écrit que, selon elle, la question des permis ne pose pas problème car GE, le client de Flanders, a son siège social en Ontario. L'appelante ajoute que la police-cadre d'assurance a été négociée et conclue en Ontario et que les primes d'assurance sont payées directement à Flanders par GE. L'appelante précise également qu'en cas de sinistre, l'indemnité est payable directement à GE, et non au concessionnaire. À la même occasion, l'appelante transmet à l'AMF la liste des concessionnaires québécois qui ont adhéré à la police-cadre délivrée à GE.

[9] Le 25 août 2005, Flanders sollicite les concessionnaires québécois pour renouveler leurs certificats d'assurance individuels respectifs.

[10] Au mois de janvier 2006, l'AMF dépose 56 constats d'infraction contre l'appelante. Il s'agit de la première « communication » entre les parties depuis la dernière lettre transmise par l'appelante le 10 juin 2005.

[11] Les constats d'infraction qui seront contestés par l'appelante sont ainsi rédigés :

À [localité], le ou vers le 25 août 2005, a consenti et/ou autorisé Flanders [. . .], un cabinet non inscrit auprès de l'Autorité des marchés financiers, à délivrer à [nom du concessionnaire] une police d'assurance sur les stocks, numéro [. . .], le tout en contravention de l'article 71 de la [LDPSF] (la « Loi »), commettant ainsi l'infraction prévue à l'article 482 de la Loi et se rendant ainsi passible de la peine prévue à l'article 490 de la Loi.

II. Historique des procédures judiciaires

[12] Le juge Boisvert de la Cour du Québec déclare l'appelante coupable des 56 infractions (2008 QCCQ 10557 (CanLII)). Il conclut que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* en est une de responsabilité stricte. Il ajoute que quelque soit la nature de l'infraction, à savoir

liability, the evidence showed that the appellant had known that it was insuring property located in Quebec and that its broker, Flanders, was not duly registered in Quebec. According to Judge Boisvert, the appellant had therefore authorized, permitted or consented to the distribution by its broker of insurance products for property located in Quebec although it *knew* that the broker did not hold the required licences.

[13] Judge Boisvert accepted that the appellant had not known that Quebec legislation applied to the master policy for inventories of goods located in Quebec and that its mandatary had to be registered in that province. In his opinion, a mistake of law such as this cannot be raised as a defence. He also explained that the appellant had not done enough to ensure that its commercial transactions were consistent with provincial legislation, but had instead relied on its broker's opinion without obtaining independent legal advice.

[14] In the Superior Court, Martin J. allowed La Souveraine's appeal and acquitted it on all the counts (2009 QCCS 4494 (CanLII)). He found that the *actus reus* of the offence — the material fact — had not been proved beyond a reasonable doubt. In his view, the words "helps" and "induces" in s. 482 of the *ADFPS* require proof that the defendant performed a wilful act, and the appellant's passive conduct in relation to the transactions in question could not be considered a wilful act. Martin J. added that the offence in this case requires proof of *mens rea*, or a guilty mind. In his opinion, a party liability offence that sanctions not the conduct of the principal offender but that of a secondary offender, that is, an individual who helped or induced the principal offender to commit the principal offence, continues to require proof of *mens rea* even if the principal offence is one of strict liability. Since the appellant had not known that Flanders was breaking the law, the *mens rea* had not been proved.

[15] In any event, Martin J. found that the appellant's defence was valid, since the mistake

de responsabilité stricte ou spécifique, la preuve démontre que l'appelante savait qu'elle assurait des biens situés au Québec et que son courtier, Flanders, n'y était pas dûment inscrit. Selon le juge Boisvert, l'appelante a donc autorisé, permis ou consenti que soient distribués par son courtier des produits d'assurance à l'égard de biens situés au Québec, *sachant* que ce dernier ne détenait pas les permis requis.

[13] Le juge Boisvert reconnaît que l'appelante ignorait que les lois québécoises s'appliquaient à la police-cadre d'assurance relativement aux inventaires des biens situés au Québec et que son mandataire devait être enregistré dans cette province. De l'avis du juge, ce type d'erreur de droit ne constitue pas une défense recevable. Le juge précise également que l'appelante n'a pas effectué des démarches suffisantes pour s'assurer que ses opérations commerciales respectaient la législation provinciale, mais s'est plutôt fiée à l'opinion de son courtier sans obtenir d'avis juridique indépendant.

[14] En Cour supérieure, le juge Martin accueille l'appel de La Souveraine et acquitte celle-ci de tous les chefs d'accusation (2009 QCCS 4494 (CanLII)). Il conclut que l'*actus reus* — le fait matériel — de l'infraction n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable. Les termes « aide » et « amène » figurant à l'art. 482 de la *LDPSF* requièrent la preuve d'un acte volontaire de la part du défendeur, et le comportement passif de l'appelante à l'égard des opérations commerciales en cause n'équivaut pas à un tel acte. Le juge Martin ajoute également qu'il s'agit, en l'espèce, d'une infraction qui requiert la preuve de la *mens rea*, d'une intention coupable. À son avis, une infraction de complicité qui sanctionne non pas le comportement de l'auteur principal, mais celui du délinquant secondaire, à savoir l'individu qui aide ou amène le premier à commettre l'infraction principale, demeure une infraction exigeant la preuve de la *mens rea*, et ce, même si l'infraction principale est de responsabilité stricte. Or, puisque l'appelante ne savait pas que Flanders agissait en violation de la loi, la *mens rea* n'a pas été prouvée.

[15] À tous égards, selon le juge Martin, l'appelante dispose d'une défense valable, car l'erreur

the appellant was alleging was not a pure mistake of law, but one of mixed fact and law. That mistake had arisen not only from a misinterpretation of the applicable law, but also from the fact that the AMF's silence following the letter of June 10, 2005 had been interpreted as a confirmation that the contemplated transactions were lawful.

[16] The Court of Appeal granted the AMF leave to appeal under art. 291 of the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1, on the following question of law (2012 QCCA 13 (CanLII)): Did the Superior Court judge err in law by imposing on the AMF a burden of proving a specific *mens rea* for the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS*?

[17] The Court of Appeal, in reasons written by Kasirer and Cournoyer J.J.A., allowed the AMF's appeal and restored the convictions. The majority found that the offence in this case is one of strict liability and that the *actus reus* of the offence had been proved beyond a reasonable doubt: the appellant had never maintained that Flanders had distributed the insurance products in question without its authorization, and this was sufficient to establish the *actus reus*. Moreover, the due diligence defence was not available in this case, because the mistake being relied on was one of law and because having exercised due diligence in inquiring into the applicable law is not a valid defence in either a criminal or a regulatory context. Finally, the AMF's failure to reply to the appellant's letter of June 10, 2005 did not transform that mistake of law into one of mixed fact and law.

[18] Dalphond J.A., dissenting, would have dismissed the AMF's appeal and acquitted the appellant. He agreed with the majority that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is one of strict liability. However, he also agreed with the Superior Court that the *actus reus* had not been proved, because the wording of the section required active participation in the violation of the law. The appellant's [TRANSLATION] "passive acquiescence" (para. 56) to Flanders' transactions could not have the

qu'elle invoque n'est pas une pure erreur de droit, mais plutôt une erreur mixte de fait et de droit. Cette erreur découle non seulement d'une mauvaise interprétation du droit applicable, mais aussi du fait que le silence de l'AMF, après la lettre du 10 juin 2005, a été interprété comme une confirmation de la légalité des opérations commerciales envisagées.

[16] La Cour d'appel du Québec autorise l'AMF, en vertu de l'art. 291 du *Code de procédure pénale*, L.R.Q., ch. C-25.1, à se pourvoir sur la question de droit suivante (2012 QCCA 13, [2012] R.J.Q. 111) : le juge de la Cour supérieure a-t-il erré en droit en imposant à l'AMF un fardeau de prouver la *mens rea* spécifique pour l'infraction édictée à l'art. 482 de la *LDPSF*?

[17] La Cour d'appel, pour les motifs exposés par les juges Kasirer et Cournoyer, fait droit à l'appel de l'AMF et rétablit les condamnations. La majorité estime qu'il s'agit, en l'espèce, d'une infraction de responsabilité stricte et que l'*actus reus* de l'infraction a été prouvé hors de tout doute raisonnable : l'appelante n'a jamais soutenu que Flanders avait délivré les produits d'assurance en cause sans son autorisation, laquelle est suffisante pour établir l'*actus reus*. De plus, la défense de diligence raisonnable n'est pas recevable en l'espèce, puisque l'erreur invoquée est une erreur de droit et que la diligence raisonnable déployée pour s'enquérir du droit applicable n'est pas une défense valable, tant en matière criminelle qu'en matière réglementaire. Finalement, le défaut de l'AMF de répondre à la lettre de l'appelante du 10 juin 2005 ne transforme pas cette erreur de droit en erreur mixte de fait et de droit.

[18] Le juge Dalphond, dissident, aurait pour sa part rejeté l'appel de l'AMF et acquitté l'appelante. À l'instar de la majorité, il conclut que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* en est une de responsabilité stricte. Cependant, tout comme la Cour supérieure, il estime que l'*actus reus* n'a pas été prouvé, étant donné que le texte de l'infraction exige une participation active à la violation de la loi. Or, l'« acquiescement passif » (par. 56) de l'appelante aux opérations de Flanders ne pouvait

effect of “helping” or “inducing” Flanders to commit such a violation. According to Dalphond J.A., even if the *actus reus* had been established, the appellant had to be acquitted, because it had exercised due diligence by [TRANSLATION] “actively [seeking] to comply with the law” (para. 68).

[19] More specifically, Dalphond J.A. noted that the appellant had reviewed how its product was distributed and how the product was treated in the other provinces of Canada. It had sought information from Flanders and obtained legal advice to the effect that the transactions in question were lawful. Dalphond J.A. expressed the opinion that the defence of due diligence was available in this case because the appellant’s mistake was the result not only of an erroneous interpretation of the law, but [TRANSLATION] “also of a set of concurrent facts leading La Souveraine to believe that this interpretation was well founded” (para. 76). These facts, in his view, included in particular the complexity of the transactions at issue, the fact that the insurance premiums and indemnities were payable outside Quebec, the fact that the coverage concerned only assets belonging to GE, the reinsurance given by Flanders and its lawyers that the transactions were lawful and, finally, the AMF’s silence following the appellant’s explanatory letter of June 10, 2005.

III. Issues

[20] The appellant submits, first, that the Court of Appeal lacked jurisdiction to set aside the Superior Court’s judgment of acquittal, because leave had not been granted to appeal the conclusion in that judgment that the *actus reus* had not been proved in this case. It argues that the appeal was limited to the question whether the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* requires proof of *mens rea*.

[21] The appellant further submits that the offence in question is one that requires proof of a guilty mind. It argues that, at common law, *mens*

avoir pour effet d’« aider » ou d’« amener » cette dernière à commettre une telle violation. Selon le juge Dalphond, même si l’*actus reus* avait été établi, l’appelante devait être acquittée, parce qu’elle avait fait montre en l’occurrence de diligence raisonnable en « cherch[ant] activement à se conformer à la loi » (par. 68).

[19] Plus particulièrement, le juge Dalphond note que l’appelante a analysé le processus de distribution de son produit et considéré le traitement de ce dernier dans les autres provinces canadiennes. Elle s’est informée auprès de Flanders et a obtenu des avis juridiques selon lesquels les opérations commerciales en cause respectaient la loi. Il est d’avis que la défense de diligence raisonnable était recevable en l’espèce, puisque l’erreur de l’appelante résultait non seulement d’une interprétation erronée de la loi, mais « aussi d’un ensemble de faits concomitants qui laissaient croire à La Souveraine que cette interprétation était bien fondée » (par. 76). Parmi ces faits, le juge Dalphond retient notamment la complexité des opérations commerciales en cause, le fait que les primes d’assurance et les indemnités étaient payables hors du Québec, le fait aussi que la couverture ne visait que des biens appartenant à GE, les réassurances données par Flanders et ses avocats sur la légalité des opérations commerciales et, finalement, le silence de l’AMF à la suite de la lettre explicative de l’appelante du 10 juin 2005.

III. Questions en litige

[20] Dans un premier temps, l’appelante soutient que la Cour d’appel n’avait pas compétence pour annuler le jugement d’acquiescement rendu par la Cour supérieure, en l’absence d’une autorisation à se pourvoir contre la conclusion du jugement de la Cour supérieure selon laquelle la preuve de l’*actus reus* était absente en l’espèce. L’appel, plaide-t-elle, était limité à la question de savoir si l’infraction prévue à l’art. 482 de la *LDPSF* exigeait la preuve de la *mens rea*.

[21] Dans un deuxième temps, l’appelante soutient que l’infraction en cause fait partie de celles qui exigent la preuve d’une intention coupable.

rea is always required where the offence involves secondary penal liability. In the alternative, if this Court characterizes the offence as one of strict liability, the appellant submits that the *actus reus* of the offence has not been proved. Finally, it argues that the due diligence defence was available given that it had, at the very most, made only a reasonable mistake of law.

[22] The AMF takes the position that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is one of strict liability for which the *actus reus* has been proved beyond a reasonable doubt. It adds that the appellant's mistake in this case was purely one of law and that a defence cannot be based on such a mistake.

[23] I will begin by discussing the preliminary issue of the Court of Appeal's jurisdiction before turning to the four main issues raised by this appeal. The first of those issues concerns the nature of the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* in light of the three categories recognized since *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299: offences requiring proof of *mens rea*, strict liability offences and absolute liability offences. The second issue relates to the content of the *actus reus* of the offence at issue and whether that element was proved beyond a reasonable doubt. The third issue concerns the content of the due diligence defence and whether that defence was available in this case. The final issue is whether a defence based on a reasonable mistake of law should be accepted.

IV. Analysis

A. *Jurisdiction of the Court of Appeal*

[24] I find that the Court of Appeal was right to review the Superior Court's conclusions with regard to both *mens rea* and the *actus reus*. In *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, this Court considered the arguments that may be raised on appeal in criminal cases. On the subject of appeals for

Elle plaide que, suivant la common law, la *mens rea* est toujours requise dans les cas où l'infraction entraîne une responsabilité pénale secondaire. Subsidièrement, si notre Cour qualifie l'infraction en cause de responsabilité stricte, l'appelante soutient que l'*actus reus* de l'infraction n'a pas été prouvé. Finalement, elle affirme que la défense de diligence raisonnable était recevable car elle n'a commis, tout au plus, qu'une erreur de droit raisonnable en l'espèce.

[22] L'AMF pour sa part est d'avis que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* en est une de responsabilité stricte dont l'*actus reus* a été prouvé hors de tout doute raisonnable. De plus, elle affirme que l'appelante a commis une pure erreur de droit en l'espèce, ce qui ne peut fonder un moyen de défense.

[23] Je vais d'abord traiter de la question préliminaire de la compétence de la Cour d'appel pour examiner par la suite les quatre questions principales soulevées par ce pourvoi. Premièrement, je m'interrogerai sur la nature de l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* au regard des trois catégories reconnues depuis l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299 : les infractions exigeant la preuve de la *mens rea*, les infractions de responsabilité stricte et les infractions de responsabilité absolue. Deuxièmement, j'étudierai le contenu de l'élément matériel de l'infraction en cause et je déterminerai s'il a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Troisièmement, je me pencherai sur le contenu de la défense de diligence raisonnable et déciderai si, en l'espèce, elle était recevable. Finalement, j'examinerai la question de l'opportunité de reconnaître une défense fondée sur une erreur de droit raisonnable.

IV. Analyse

A. *La compétence de la Cour d'appel*

[24] Je considère que la Cour d'appel a eu raison de traiter des conclusions de la Cour supérieure tant en ce qui concerne la *mens rea* que l'*actus reus*. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, notre Cour s'est penchée sur les arguments qui peuvent être avancés en appel en matière

which leave to appeal has been granted, Lamer C.J. began by laying down a general rule (para. 28), but after doing so, he added some significant qualifications (paras. 29 and 31):

. . . the Court may choose to grant leave on restricted grounds or at large. Restricting the leave granted to specific issues constrains the arguments which may be raised by appellants. The arguments which may be raised by respondents are not affected by an order granting leave on narrow grounds. . . .

Leave granted under the *Criminal Code* provisions differs from leave granted under s. 40 of the *Supreme Court Act* in civil matters. While appeal routes in civil cases are not at issue in this motion, it is useful to clarify that the decision in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, is not relevant to criminal appeals. In *Idziak*, leave was granted on one ground only and both parties were restricted in their argument to addressing that ground. In civil matters, leave to appeal may be sought with respect to any finding adverse to the party in question. The number of such findings in a civil case is nearly always much greater than in a criminal case. Accordingly, as a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases, the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave. . . .

. . . in some cases, two issues which may have been discussed separately at the court of appeal will be so inextricably linked as to form two aspects of the same question of law. In this case, an appellant who has a narrow right of appeal based on a dissent, or who has been granted leave to appeal on restricted grounds, will be able to address all aspects of the question, even if the court of appeal treated the different aspects separately. One example of this intertwining is the question of whether a particular error of law is so serious that it justifies setting aside the trial verdict. The provisions for taking account of the severity of errors (s. 686(1)(b)(iii) in the case of convictions, and the threshold set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, in the case

criminelle. Au sujet des pourvois formés à la suite d'une autorisation d'en appeler, le juge en chef Lamer a, d'abord, posé la règle générale (par. 28), pour ensuite apporter des nuances significatives (par. 29 et 31) :

. . . la Cour peut choisir d'accorder soit une autorisation restreinte à certains moyens, soit une autorisation générale. Restreindre l'autorisation à des questions précises revient à dicter les arguments que peuvent avancer des parties appelantes. Une ordonnance qui accorde une autorisation restreinte à certains moyens ne change rien aux arguments qui peuvent être avancés par des parties intimées. . . .

L'autorisation accordée en vertu des dispositions du *Code criminel* diffère de celle accordée en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* en matière civile. Bien que les moyens d'appel dans les affaires civiles ne soient pas en cause dans la présente requête, il est utile de préciser que l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, n'est pas pertinent quant aux appels en matière criminelle. Dans l'arrêt *Idziak*, l'autorisation n'a été accordée que pour un seul moyen et, dans leurs plaidoiries, les deux parties ont dû se contenter de ne débattre que ce moyen. En matière civile, l'autorisation de pourvoi peut être demandée pour toute conclusion défavorable à la partie requérante. De telles conclusions sont presque toujours beaucoup plus nombreuses en matière civile qu'en matière criminelle. Pour cette raison, en principe, lorsqu'une autorisation restreinte est accordée dans une affaire civile, l'intimé ne pourra normalement débattre que les questions énoncées par la Cour dans son ordonnance accordant l'autorisation. . . .

. . . dans certains cas, deux questions qui peuvent avoir été débattues séparément en cour d'appel seront si inextricablement liées qu'elles formeront deux aspects d'une même question de droit. Dans ce cas, la partie appelante qui jouit d'un droit d'appel restreint fondé sur une dissidence, ou qui a obtenu l'autorisation de se pourvoir relativement à certains moyens seulement, pourra aborder tous les aspects de la question, même si la cour d'appel les a traités séparément. On peut constater l'existence de cette relation étroite dans la question de savoir si une erreur de droit donnée est grave au point de justifier l'annulation du verdict prononcé au procès. Les dispositions relatives à la prise en compte de la gravité des erreurs (le sous-al. 686(1)(b)(iii) dans

of acquittals) will always be intertwined with any error of law considered by this Court. [Emphasis added; paras. 28-31.]

[25] Although these principles were formulated in relation to a criminal offence, they are also relevant in the context of regulatory offences.

[26] In the instant case, Martin J. of the Superior Court found on the basis of his interpretation of the words “helps” and “induces” used in s. 482 of the *ADFPS* that there was no proof with respect to the *actus reus* or to *mens rea* (para. 140):

The operative words of “aiding” and “inducing” are however of prime importance in the resolution of this matter. The role that they play in relation to the culpability of the appellant is pivotal. In my view, these words indicate the requirement for some sort of voluntary action on the part of the accused as an essential element of the offence and secondly they also invest the offence with a *mens rea* component.

[27] It can be seen from Martin J.’s reasons that his interpretation of the content of the *actus reus* and his finding that there was no proof in this regard flowed directly from his reasoning with respect to *mens rea*, as all these elements are inextricably linked. In his opinion, the authorization the appellant had given its broker to distribute insurance products on its behalf was not sufficient to constitute the wilful act required to prove the offence. However, that authorization had clearly had *the effect of inducing* the broker to commit the offence. This means that the judge had to assume that the offence has a *mens rea* component, namely acting with a certain goal, or “for the purpose” of helping or inducing a third party, the appellant’s broker in this case, to perform a certain action. In other words, had it not been for his conclusion that proof of *mens rea* was required, Martin J. would not have arrived at the same interpretation of the content of the *actus reus*, and the *ratio decidendi* of his judgment would have been different (*Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277). The Court of Appeal therefore had jurisdiction to decide the

le cas de déclarations de culpabilité, et le critère établi dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, dans le cas d’acquittements) seront toujours étroitement liées à toute erreur de droit considérée par notre Cour. [Je souligne; par. 28-31.]

[25] Bien qu’ils soient formulés au sujet d’une infraction criminelle, ces enseignements sont également pertinents dans le contexte d’une infraction réglementaire.

[26] Dans le présent dossier, le juge Martin de la Cour supérieure en est arrivé à la conclusion qu’il y avait absence de preuve concernant l’*actus reus* et la *mens rea* compte tenu de son interprétation des mots « aide » et « amène » du texte de l’art. 482 de la *LDPSF* (par. 140) :

[TRADUCTION] Les termes pertinents — « aide » et « amène » — revêtent toutefois une importance primordiale pour trancher la présente affaire. Ils jouent un rôle décisif quant à la culpabilité de l’appelante. À mon sens, ces termes ont pour effet d’exiger, en tant qu’élément essentiel de l’infraction, une certaine forme d’acte volontaire de la part de l’accusé, en plus d’intégrer à l’infraction une composante de *mens rea*.

[27] Il ressort de la lecture des motifs du juge Martin que son interprétation du contenu de l’*actus reus*, de même que sa conclusion quant à l’absence de preuve à cet égard, découlent directement de son raisonnement au sujet de la *mens rea*, le tout étant inextricablement lié. De l’avis du juge, l’autorisation accordée par l’appelante à son courtier de distribuer des produits d’assurance en son nom n’était pas suffisante pour constituer l’acte volontaire requis pour établir l’infraction. Or, l’autorisation en question a eu clairement *pour effet d’amener* le courtier à commettre l’infraction. Cela signifie que le juge a dû nécessairement présumer de l’existence d’un élément de *mens rea* dans le contenu de l’infraction, soit le fait d’agir dans un certain but ou « en vue » d’aider ou d’amener un tiers, en l’occurrence le courtier de l’appelante, à poser un certain geste. En d’autres mots, n’eût été de sa conclusion sur l’exigence d’une *mens rea*, le juge Martin n’en serait pas arrivé à la même interprétation du contenu de l’*actus reus*, et le *ratio decidendi* de son jugement aurait été autre (*Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277). La Cour d’appel

actus reus issue and set aside the acquittal he had entered.

[28] Indeed, as a matter of pure logic, no other conclusion is possible on the issue of the Court of Appeal's jurisdiction. If the Court of Appeal had no legal authority to consider the *actus reus* issue and this issue was *res judicata*, decided in favour of the appellant, then the appeal to that court on the issue of *mens rea*, for which leave was granted, would have become moot and irrelevant. I cannot imagine that the Court of Appeal would have granted leave for an appeal that lacks relevance.

[29] Thus, the appellant's arguments in this regard are without merit and must be rejected.

B. Nature of the Offence Provided for in Section 482 of the ADFPS

[30] Section 482 of the *ADFPS* reads as follows:

482. Every insurer that helps or, by encouragement, advice or consent or by an authorization or order, induces a firm or an independent representative or independent partnership through which it offers insurance products or an executive officer, director, partner, employee or representative of such a firm or independent partnership to contravene any provision of this Act or the regulations is guilty of an offence.

The same applies to any director, executive officer, employee or mandatary of an insurer.

[31] A court inquiring into the nature of an offence must interpret the relevant statutory provision. In doing so, it must take account of the presumption established by this Court that regulatory offences are generally strict liability offences. In *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420, at para. 16, LeBel J. explained this as follows, citing the presumption of statutory interpretation articulated by this Court in *Sault Ste. Marie*:

avait donc compétence pour trancher la question de l'*actus reus* et annuler l'acquiescement prononcé par le juge Martin.

[28] Cette conclusion au sujet de la compétence de la Cour d'appel s'impose également pour une raison de pure logique. En effet, si la Cour d'appel n'avait pas été légalement autorisée à intervenir sur le moyen fondé sur l'*actus reus* et qu'il y avait eu chose jugée sur cette question en faveur de l'appelante, le pourvoi formé devant elle sur la question de la *mens rea*, autorisé sur permission, serait devenu théorique et dénué de tout intérêt. Je ne peux me convaincre que la Cour d'appel aurait ainsi autorisé un appel sans pertinence.

[29] Les prétentions de l'appelante à cet égard sont donc mal fondées et doivent être rejetées.

B. La nature de l'infraction définie à l'art. 482 de la LDPSF

[30] L'article 482 de la *LDPSF* est rédigé ainsi :

482. Un assureur qui aide ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amène un cabinet, ou un représentant autonome ou une société autonome par l'entremise de qui il offre des produits d'assurance, ou un dirigeant, administrateur, associé, employé ou représentant de ce cabinet ou de cette société autonome, à enfreindre une disposition de la présente loi ou de ses règlements commet une infraction.

Il en est de même de tout administrateur, dirigeant, employé ou mandataire d'un assureur.

[31] Afin de déterminer la nature d'une infraction, il faut interpréter la disposition législative en cause. Dans le cadre de cette démarche, il est important de tenir compte de la présomption établie par notre Cour suivant laquelle les infractions réglementaires appartiennent en général à la catégorie des infractions de responsabilité stricte. Dans l'arrêt *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420, par. 16, le juge LeBel a donné les explications suivantes à cet égard en rappelant la présomption d'interprétation articulée par notre Cour dans *Sault Ste-Marie* :

Classifying the offence in one of the three categories now recognized in the case law thus becomes a question of statutory interpretation. Dickson J. noted that regulatory or public welfare offences usually fall into the category of strict liability offences rather than that of *mens rea* offences. As a general rule, in accordance with the common law rule that criminal liability ordinarily presupposes the existence of fault, they are presumed to belong to the intermediate category:

Public welfare offences would *prima facie* be in the second category. They are not subject to the presumption of full *mens rea*. An offence of this type would fall in the first category only if such words as “wilfully,” “with intent,” “knowingly,” or “intentionally” are contained in the statutory provision creating the offence. [p. 1326]

[32] I note, first, that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is a regulatory offence. Protection of the public is the underlying rationale for such offences, which are enacted as “incidental sanctions whose purpose is to enforce the performance of various duties, thereby safeguarding the general welfare of society” (*City of Lévis*, at para. 13, *per* LeBel J.). The objective of the scheme established by the *ADFPS*, which includes the offence provided for in s. 482, is essentially to regulate the insurance products distribution industry in order to protect the public (*Marston v. Autorité des marchés financiers*, 2009 QCCA 2178 (CanLII), at para. 46).

[33] Accordingly, in keeping with the presumption of statutory interpretation established in *Sault Ste. Marie*, and in the absence of specific language indicating a contrary intention on the legislature’s part, the regulatory offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* will be presumed to be one of strict liability, hence one that does not require proof of *mens rea*.

[34] In the case at bar, the appellant refers to other considerations in support of its argument that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* falls into the category of *mens rea* offences. According

Le classement de l’infraction dans l’une des trois catégories désormais reconnues par la jurisprudence devient alors une question d’interprétation législative. Le juge Dickson souligne que les infractions réglementaires ou de bien-être public se retrouvent habituellement dans la catégorie des infractions de responsabilité stricte, plutôt que dans celle des infractions de *mens rea*. En effet, on présume, en règle générale, qu’elles appartiennent à la catégorie intermédiaire, pour respecter le principe de droit reconnu par la common law selon lequel, ordinairement, l’imposition d’une responsabilité pénale suppose l’existence d’une faute :

Les infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie. Elles ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite. Une infraction de ce genre tombera dans la première catégorie dans le seul cas où l’on trouve des termes tels que « volontairement », « avec l’intention de », « sciemment » ou « intentionnellement » dans la disposition créant l’infraction. [p. 1326]

[32] Je souligne d’entrée de jeu que l’infraction créée par l’art. 482 de la *LDPSF* est une infraction réglementaire. La raison d’être des infractions de cette nature est la protection du public. Elles sont dictées à titre de « sanctions accessoires destinées à assurer le respect d’obligations diverses, préservant ainsi le bien-être commun de la société » (*Ville de Lévis*, par. 13, le juge LeBel). Or, l’objectif du régime établi par la *LDPSF*, dont fait partie l’infraction prévue à l’art. 482 de la *LDPSF*, consiste essentiellement à encadrer le secteur de la distribution des produits d’assurance afin de protéger le public (*Marston c. Autorité des marchés financiers*, 2009 QCCA 2178 (CanLII), par. 46).

[33] En conséquence, suivant la présomption d’interprétation de l’arrêt *Sault Ste-Marie* et en l’absence de termes spécifiques traduisant une intention contraire de la part du législateur, l’infraction réglementaire définie à l’art. 482 de la *LDPSF* sera présumée appartenir à la catégorie des infractions de responsabilité stricte, lesquelles n’exigent pas la preuve de *mens rea*.

[34] En l’espèce, l’appelante évoque d’autres considérations au soutien de sa prétention suivant laquelle l’infraction énoncée à l’art. 482 de la *LDPSF* appartiendrait à la catégorie des

to the appellant, in the case of a party liability offence like the one at issue here, the common law continues to require proof of *mens rea* even where the principal offence is one of strict liability. This is the standard of secondary penal liability, which requires, more specifically, proof of a *mens rea* of knowledge: the accomplice must have had knowledge of the essential elements of the principal offence and must have acted as he or she did with the specific intent of helping or inducing the principal offender to break the law.

[35] In this regard, the appellant relies in particular on the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. F. W. Woolworth Co. Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 629, which concerned being a party to an offence within the meaning of s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* (now R.S.C. 1985, c. C-46). In that case, two salespersons had been convicted of making false representations to the public about the prices of products they were offering for sale in a space made available to them by a Woolworth store in exchange for a commission on sales. The issue was whether, under s. 21 of the *Criminal Code*, Woolworth should be convicted of being a party to the same offence on the basis that it had aided the two salespersons to commit it.

[36] The Ontario Court of Appeal held that, to be convicted of being a party to an offence under s. 21 of the *Criminal Code*, a defendant had to have *known* that the principal offender's acts constituted an offence and to have done something *for the purpose* of aiding the latter to commit that offence. The court explained this as follows:

. . . even in offences of strict liability, to hold one guilty as an aider and abettor, the Crown had the onus of proving knowledge on the part of the alleged aider of the circumstances necessary to constitute the offence which he is alleged to have aided, although it is not required that it be proven the alleged aider knew that those circumstances constituted an offence.

infractions de *mens rea*. Selon l'appelante, en cas d'infractions de complicité comme celle en cause, la preuve de *mens rea* demeure requise par la common law et ce, même lorsque l'infraction principale relève de la responsabilité stricte. Il s'agit de la norme de responsabilité pénale secondaire qui exige plus précisément la preuve d'une *mens rea* de connaissance : le complice doit avoir connu les éléments essentiels de l'infraction principale, et avoir agi comme il l'a fait, avec l'intention spécifique d'aider ou d'amener l'auteur principal à enfreindre la loi.

[35] À cet égard, l'appelante s'appuie notamment sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. F. W. Woolworth Co. Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 629, où il était question de la participation à une infraction au sens de l'al. 21(1)b) du *Code criminel* (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-46). Dans cette affaire, deux vendeurs avaient été reconnus coupables d'avoir fait de fausses déclarations au public au sujet du prix des produits qu'ils offraient en vente dans l'espace mis à leur disposition, par un magasin Woolworth, en échange d'une commission sur les ventes. La question en litige était de savoir si Woolworth devait, en vertu de l'art. 21 du *Code criminel*, être déclarée coupable en tant que participante à la même infraction parce qu'elle avait aidé les deux vendeurs à la commettre.

[36] La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que, pour être reconnu coupable en tant que participant à une infraction en vertu de l'art. 21 du *Code criminel*, un défendeur doit avoir *su* que les gestes accomplis par l'auteur principal constituaient une infraction et avoir agi *dans le but* d'aider celui-ci à commettre cette infraction. Elle s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] . . . même dans le cas des infractions de responsabilité stricte, pour faire déclarer une personne coupable d'avoir fourni aide et encouragement, le ministère public devait établir que la personne accusée d'avoir fourni de l'aide était au fait des circonstances nécessaires pour constituer l'infraction qu'on lui reproche d'avoir aidé à commettre, sans toutefois être tenu de prouver que cette personne savait que les circonstances en question constituaient une infraction.

. . . Section 21 requires that an alleged party must do or omit to do something for the purpose of aiding the principal to commit the offence. That purpose must be the purpose of the one sought to be made a party to the offence (*Sweet v. Parsley, supra*) but if what is done incidentally and innocently assists in the commission of an offence that is not enough to involve the alleged party whose purpose was not that of furthering the perpetration of the offence.

. . . one does not render himself liable by renting or loaning a car for some legitimate business or recreational activity merely because the person to whom it is loaned or rented chooses in the course of his use to transport some stolen goods, or by renting a house for residential purposes to a tenant who surreptitiously uses it to store drugs. [pp. 639-40]

[37] The reasoning adopted by this Court in *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, *per* Charron J., is also relevant:

Of course, doing or omitting to do something that resulted in assisting another in committing a crime is not sufficient to attract criminal liability. . . . The aider or abettor must also have the requisite mental state or *mens rea*. Specifically, in the words of s. 21(1)(b), the person must have rendered the assistance *for the purpose* of aiding the principal offender to commit the crime.

The *mens rea* requirement reflected in the word “purpose” under s. 21(1)(b) has two components: intent and knowledge. For the intent component, it was settled in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, that “purpose” in s. 21(1)(b) should be understood as essentially synonymous with “intention”. The Crown must prove that the accused intended to assist the principal in the commission of the offence. . . .

As for knowledge, in order to have the intention to assist in the commission of an offence, the aider must know that the perpetrator intends to commit the crime, although he or she need not know precisely how it will be committed. That sufficient knowledge is a prerequisite for intention is simply a matter of common sense. [Emphasis in original; paras. 15-17.]

. . . Selon l’article 21, la personne à qui on reproche d’avoir participé à une infraction doit accomplir une chose ou omettre d’accomplir une chose en vue d’aider l’auteur principal à commettre l’infraction. La fin reprochée doit être celle que poursuivait la personne à qui l’on reproche d’avoir participé à l’infraction (*Sweet c. Parsley*, précité), car le fait que des gestes accomplis accessoirement et innocemment aident quelqu’un à commettre une infraction ne suffit pas pour impliquer le présumé participant qui n’a pas agi en vue de favoriser la perpétration de l’infraction.

. . . une personne ne se rend pas coupable en louant ou en prêtant une voiture pour des activités commerciales ou récréatives légitimes simplement parce que la personne à qui elle a prêté ou loué la voiture décide au cours de l’utilisation de transporter des articles volés, ou en louant une maison à des fins résidentielles à un locataire qui l’utilise à son insu pour entreposer des drogues. [p. 639-640]

[37] Le raisonnement adopté par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, la juge Charron, est également noté :

Évidemment, accomplir ou omettre d’accomplir une chose qui a pour effet d’aider une autre personne à commettre un crime ne suffit pas à engager la responsabilité criminelle. [. . .] La personne qui aide ou qui encourage doit aussi avoir l’état d’esprit requis ou la *mens rea* requise. Plus précisément, aux termes de l’al. 21(1)b), la personne doit avoir prêté assistance *en vue d’aider* l’auteur principal à commettre le crime.

L’exigence de la *mens rea* qui ressort de l’expression « en vue de » à l’al. 21(1)b) comporte deux éléments : l’intention et la connaissance. En ce qui concerne l’élément d’intention, il a été établi dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, que l’expression « en vue de » de l’al. 21(1)b) devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme d’« intention ». Le ministère public doit établir que l’accusé avait l’intention d’aider l’auteur principal à commettre l’infraction. . .

En ce qui concerne l’élément de connaissance, l’intention d’aider à commettre une infraction suppose que la personne doit savoir que l’auteur a l’intention de commettre le crime, bien qu’elle n’ait pas à savoir précisément la façon dont il sera commis. Il relève tout simplement du bon sens qu’il faut avoir une connaissance suffisante pour avoir l’intention requise. [En italique dans l’original; par. 15-17.]

[38] With respect, I find that *Woolworth* and *Briscoe* do not support the proposition that proof of *mens rea* is required in every case of secondary penal liability. It is true that the reasoning set out in *Woolworth* and *Briscoe* applies where the secondary penal liability provided for in s. 21 of the *Criminal Code* is at issue. However, for the following reasons, I find that that reasoning does not apply in the instant case.

[39] First of all, there is a significant difference between the wording used for the independent offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* and the wording of s. 21(1)(b) of the *Criminal Code*, which defines the concept of being a “party to an offence”. Whereas the former provides that “[e]very insurer that helps or . . . induces a firm . . . to contravene any provision of this Act . . . is guilty of an offence”, the latter provides that “[e]very one is a party to an offence who . . . does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it”.

[40] This difference in wording is determinative. As this Court has pointed out, the expression “for the purpose of” is synonymous with intention, which is why intention and knowledge on the accomplice’s part must be established in order to convict him or her under s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* (*R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973).

[41] Furthermore, in enacting the *ADFPS*, the Quebec legislature, rather than establishing a secondary penal liability offence by, for example, reproducing the words of s. 21(1)(b) of the *Criminal Code*, chose to establish an independent offence in s. 482 of the *ADFPS*. In *Woolworth*, it was clear from the provision in question that Parliament had taken the opposite approach:

In enacting s. 33 [of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23], Parliament had the option of including in the Act provisions extending culpability for the infraction of the section to those other than the actual perpetrators in which even the Courts would have been

[38] Avec égards pour l’opinion contraire, j’estime que les arrêts *Woolworth* et *Briscoe* n’appuient pas la proposition selon laquelle la preuve de la *mens rea* est requise dans tous les cas de responsabilité pénale secondaire. Il est vrai que le raisonnement formulé dans les arrêts *Woolworth* et *Briscoe* s’applique lorsqu’il s’agit de la responsabilité pénale secondaire prévue à l’art. 21 du *Code criminel*. Cependant, pour les motifs énumérés ci-après, je suis d’avis que ce raisonnement n’est pas applicable en l’espèce.

[39] En premier lieu, il existe une différence marquée entre le texte de l’infraction autonome définie à l’art. 482 de la *LDPSF* et celui de l’al. 21(1)(b) du *Code criminel* qui définit un « participant à une infraction ». Tandis que le premier texte édicte qu’« [u]n assureur qui aide ou [. . .] amène un cabinet [. . .] à enfreindre une disposition de la présente loi [. . .] commet une infraction », le second prévoit que « [participe] à une infraction [. . .] quiconque accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre ».

[40] Cette différence textuelle est dirimante. Comme notre Cour l’a souligné, l’expression « en vue de » est synonyme d’intention, d’où l’obligation d’établir l’intention et la connaissance du complice pour conclure à sa culpabilité en vertu de l’al. 21(1)(b) du *Code criminel* (*R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973).

[41] Je remarque également qu’en adoptant la *LDPSF*, au lieu d’imposer une infraction de responsabilité pénale secondaire en reprenant, par exemple, le libellé de l’al. 21(1)(b) du *Code criminel*, le législateur québécois a choisi d’édicter à l’art. 482 de la *LDPSF* une infraction autonome. Dans l’arrêt *Woolworth*, il ressortait du texte de loi en cause que le législateur fédéral avait opté pour la solution contraire :

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement a édicté l’art. 33 [de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1970, ch. C-23], il lui était loisible d’insérer dans la Loi des dispositions étendant la culpabilité pour l’infraction prévue à cet article à d’autres

called upon to interpret the scope of the words used by Parliament to convey its intention. However, instead of so doing Parliament has chosen to rely upon the extension by s. 21 imported into any offence created by statute. [p. 637]

[42] In my opinion, the Quebec legislature's choice is not inconsequential. The difference between the wording of s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* and that of s. 482 of the *ADFPS* leads to different conclusions as regards the characterization of the offences in question. The omission of the words "for the purpose of" from s. 482 of the *ADFPS* confirms the general rule that, unless otherwise indicated, regulatory offences adopted to protect the public fall into the category of strict liability offences.

[43] In addition to the distinction based on the *mens rea* requirement that flows from the use of the expression "for the purpose of" in s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* and the absence of that expression from s. 482 of the *ADFPS*, another more general distinction persuades me that s. 482 of the *ADFPS* is not subject to the common law rule that proof of *mens rea* continues to be required for a party liability offence even when the principal offence is one of strict liability. This distinction is based on the difference between a provision that establishes an independent offence and one that establishes a mode of participation in the commission of an offence.

[44] In the recent case of *Demers v. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 (CanLII), the Quebec Court of Appeal considered a provision that establishes a mode of participation in the commission of an offence rather than an independent offence, namely s. 208 of the *Securities Act*, R.S.Q., c. V-1.1 ("SA"), which reads as follows:

208. Every person who, by act or omission, aids a person in the commission of an offence is guilty of the offence as if he had committed it himself. He is liable to the

personnes que celles l'ayant effectivement commise, et même dans ce cas, les tribunaux auraient été appelés à interpréter la portée des mots employés par le législateur pour exprimer son intention. Or, plutôt que de procéder de la sorte, le législateur a choisi de s'en remettre à l'art. 21, lequel élargit le champ d'application de la responsabilité découlant de toute infraction créée par la loi. [p. 637]

[42] À mon avis, le choix du législateur québécois n'est pas sans conséquence. La différence textuelle entre l'al. 21(1)b) du *Code criminel* et l'art. 482 de la *LDPSF* entraîne des conclusions différentes quant à la qualification des infractions en cause. L'omission d'inclure les mots « en vue de » à l'art. 482 de la *LDPSF* confirme la règle générale selon laquelle, sauf indication contraire, les infractions réglementaires adoptées pour la protection du public appartiennent à la catégorie des infractions de responsabilité stricte.

[43] En sus de la distinction fondée sur l'exigence de la *mens rea* qui ressort de l'expression « en vue de » employée à l'al. 21(1)b) du *Code criminel*, laquelle est absente du texte de l'art. 482 de la *LDPSF*, une autre distinction d'ordre plus général me convainc que l'art. 482 de la *LDPSF* n'est pas assujéti à la règle de common law selon laquelle une preuve de *mens rea* demeure requise en cas d'infractions de complicité, même lorsque l'infraction principale relève de la responsabilité stricte. Cette distinction tient à la différence entre une disposition qui édicte une infraction autonome, d'une part, et une disposition qui établit un mode de participation à la commission d'une infraction, d'autre part.

[44] La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 (CanLII), s'est prononcée récemment sur une disposition qui établit un mode de participation à la commission d'une infraction plutôt qu'une infraction autonome. Il s'agit de l'art. 208 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., ch. V-1.1 (« *LVM* »), qui se lit comme suit :

208. Celui qui, par son acte ou son omission, aide quelqu'un à commettre une infraction est coupable de cette infraction comme s'il l'avait commise lui-même.

penalties provided in section 202, 204 or 204.1 according to the nature of the offence.

The same rule applies to a person who, by incitation, counsel or order induces a person to commit an offence.

[45] In light of its decision in the case at bar, the Court of Appeal could have held in *Demers* that s. 208 of the *SA* establishes a strict liability offence. That conclusion would have been based on the fact that, like s. 482 of the *ADFPS* and unlike s. 21(1)(b) of the *Criminal Code*, s. 208 of the *SA* does not require proof of a specific *mens rea*.

[46] But the Court of Appeal rejected that argument and held that it did not have to rule on the nature of the offence provided for in s. 208 of the *SA*. Because the evidence in the record was sufficient to establish beyond a reasonable doubt that the person in question had the specific intent “[to aid] a person in the commission of an offence” within the meaning of that provision, a conviction was warranted. The Court of Appeal nonetheless took the time to note that an important distinction had to be drawn between the offence provided for in s. 208 of the *SA* and the one at issue in the instant case (*Demers*, at paras. 54-56):

[TRANSLATION] Unlike section 482 [*ADFPS*], section 208 *SA* provides for a mode of participation rather than an independent offence. In this sense, section 208 *SA* is more similar to section 21(1)(b) *Cr.C.* than to the provision at issue in *La Souveraine*.

It should be noted that according to section 208 *SA*, an accomplice is guilty of the offence committed by the principal offender “as if he had committed it himself/ comme s’il l’avait commise lui-même”. Section 482 [*ADFPS*], on the other hand, provides that an insurer that acts in the contemplated manner is guilty of “an offence/ une infraction” that is distinct from the one committed by the principal offender. Thus, section 208 is merely a mode of participation . . . and not a separate “offence”.

It should also be noted that the [*ADFPS*] includes a provision — section 491 [*ADFPS*] — that is practically identical to section 208 *SA*. Like section 208 *SA*, it defines a mode of participation which renders an

Il est possible des peines prévues à l’article 202, 204 ou 204.1 selon les infractions en cause.

La même règle s’applique à celui qui, par des encouragements, des conseils ou des ordres, amène quelqu’un à commettre une infraction.

[45] Compte tenu de son arrêt dans la présente affaire, la Cour d’appel aurait pu conclure dans *Demers* que l’art. 208 de la *LVM* édicte une infraction de responsabilité stricte. Une telle conclusion aurait pu s’imposer au motif qu’à l’instar de l’art. 482 de la *LDPSF*, l’art. 208 de la *LVM* n’exige pas la preuve d’une *mens rea* spécifique, contrairement à l’al. 21(1)(b) du *Code criminel*.

[46] Or, la Cour d’appel a rejeté cet argument et en est arrivée à la conclusion qu’elle n’avait pas à statuer sur la nature de l’infraction définie à l’art. 208 de la *LVM*. En fait, puisque la preuve au dossier était suffisante pour établir hors de tout doute raisonnable l’intention spécifique de la partie en cause d’« aide[r] quelqu’un à commettre une infraction » au sens de cette disposition, une déclaration de culpabilité était justifiée. Néanmoins, la Cour d’appel a pris la peine de souligner qu’il y avait une distinction importante à faire entre l’infraction définie à l’art. 208 de la *LVM* et celle dont il est question dans la présente affaire (*Demers*, par. 54-56) :

Contrairement à l’article 482 [*LDPSF*], l’article 208 *LVM* édicte un mode de participation et non une infraction autonome. L’article 208 *LVM* est plus proche, en ce sens, de l’article 21(1)(b) *C.cr.* que de la disposition visée dans *La Souveraine*.

On notera que l’article 208 *LVM* précise que le complice est coupable de l’infraction commise par l’acteur principal « comme s’il l’avait commise lui-même/as if he had committed it himself ». En revanche, l’article 482 [*LDPSF*] prévoit que l’assureur qui se livre au comportement visé est coupable d’« une infraction/ an offence », infraction distincte de celle commise par l’acteur principal. L’article 208 est donc un simple mode de participation [. . .] et non d’une « infraction » en elle-même.

Notons, de plus, que la [*LDPSF*] comporte une disposition pratiquement identique à celle prévue à l’article 208 *LVM* — l’article 491 [*LDPSF*]. Comme le fait l’article 208 *LVM*, cet article définit un mode de participation qui

accomplice guilty of the same offence as the principal offender “as if the person had committed it himself/ comme s’il l’avait commise lui-même”. This section, which parallels section 208 SA, was not raised in *La Souveraine* as a basis for the insurer’s liability. The differences between section 208 SA and section 482 [ADFPS] suffice for me to conclude that this Court’s decision in *La Souveraine* cannot serve as a precedent in the case at bar.

[47] In sum, s. 482 of the ADFPS, which creates a separate offence, differs from ss. 208 of the SA and 491 of the ADFPS, which create modes of participation more similar to those established in s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* (see also the reasons of the Court of Appeal, at paras. 41-44, *per* Dalphond J.A., dissenting but not on this issue). It follows that the offence provided for in s. 482 of the ADFPS need not be subject to the common law rule that proof of *mens rea* continues to be required for party liability offences.

[48] Before concluding on this issue, I will add a few observations about the comment made by the Ontario Court of Appeal in *Woolworth* that a person does not incur liability by loaning or renting a car for some legitimate activity merely because the person to whom it is loaned or rented chooses to use it to transport stolen goods, or by renting a house for residential purposes to a tenant who surreptitiously uses it to store drugs.

[49] I agree with that comment in the criminal context and am of the opinion that s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* addresses these concerns by requiring proof of *mens rea*. However, I consider the situation to be quite different in the context of regulatory offences. Those who engage in regulated activities agree in advance to adhere to strict standards, and they accept that they will be rigorously held to those standards, which are typical of such spheres of activity. It is therefore not surprising in the regulatory context to find strict liability offences that encompass forms of secondary penal liability for the ultimate purpose of vigilantly

rend le complice coupable de la même infraction que le contrevenant principal, « comme s’il l’avait commise lui-même/as if the person had committed it himself ». Ce dernier texte, cousin de l’article 208 LVM, n’a nullement été soulevé dans *La Souveraine* pour fonder la responsabilité de l’assureur. Les différences entre l’article 208 LVM et l’article 482 [LDPSF] suffisent pour conclure que l’arrêt de cette Cour dans *La Souveraine* ne peut servir de précédent dans la présente affaire.

[47] En somme, le texte de l’art. 482 de la LDPSF, en créant une infraction distincte, se démarque de celui des art. 208 de la LVM et 491 de la LDPSF, lesquels créent des modes de participation qui ressemblent davantage à ce qu’édicte l’al. 21(1)(b) du *Code criminel* (voir aussi les motifs de la Cour d’appel, par. 41-44, le juge Dalphond, dissident, mais pas sur cette question). Il s’ensuit que l’infraction définie à l’art. 482 de la LDPSF n’a pas à être assujettie à la règle de common law selon laquelle la preuve de *mens rea* demeure requise en cas d’infractions de complicité.

[48] Avant de conclure sur cette question, j’ajouterai quelques observations au sujet de l’affirmation de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Woolworth* selon laquelle une personne n’engage pas sa responsabilité en prêtant ou louant une voiture pour des activités légitimes, du seul fait que la personne à qui elle a prêté ou loué la voiture décide, au cours de son utilisation, de transporter des biens volés, ou encore en louant une maison à des fins résidentielles à un locataire qui l’utilise à son insu pour y entreposer des drogues.

[49] Je reconnais le bien-fondé de ces propos en matière criminelle et je suis d’avis qu’en exigeant la preuve de la *mens rea*, l’al. 21(1)(b) du *Code criminel* répond à ces préoccupations. Néanmoins, j’estime que la situation est tout autre en matière d’infractions réglementaires. Les personnes qui exercent des activités réglementées acceptent au préalable de se soumettre à des normes strictes, et elles reconnaissent qu’elles seront rigoureusement tenues de respecter ces normes, typiques de telles sphères d’activités. Dès lors, il n’est pas surprenant, en droit réglementaire, d’être en présence d’infractions de responsabilité stricte qui englobent des

ensuring compliance with a regulatory framework established to protect the general public.

[50] For these reasons, I conclude that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is one of strict liability and that it was not necessary to prove that the appellant knew its broker intended to break the law or that the former had the specific intent of helping or inducing the latter to do so. Proof that the appellant's actions *in fact* helped or induced its broker to contravene s. 71 of the *ADFPS* by distributing insurance products without holding the required licences is sufficient to convict the appellant.

C. *Content and Proof of the Actus Reus*

[51] The appellant argues that the *actus reus* of the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS*, which it describes as an offence [TRANSLATION] “in the form of incitement to break the law” in light of the use of the words “help” and “induce” in that section, requires proof that the defendant “recommended or suggested the commission of an offence to someone”. In the appellant's view, this implies “a real action on the defendant's part and not simply passive acquiescence or a laissez-faire attitude” (A.F., at paras. 37-39). In this case, the appellant submits, the “real action” required to convict has not been established, since all it did was passively acquiesce to the offence, committed by its broker, of issuing the individual insurance certificates to the Quebec dealerships without the required licences.

[52] This argument must fail. I agree with the majority of the Court of Appeal on this point: the appellant helped Flanders commit the offence provided for in s. 71 of the *ADFPS* by authorizing or consenting to the issuance of the individual insurance certificates to the Quebec dealerships. The evidence shows that the appellant was aware that the insured property was located in Quebec. It was also aware no later than June 10, 2005 of the list of Quebec dealerships that were participants under the master policy issued to GE, since that was when it

formes de responsabilité pénale secondaire dans l'ultime but d'assurer avec vigilance le respect d'un cadre réglementaire établi afin de protéger le public en général.

[50] Pour ces motifs, je conclus que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* participe des infractions de responsabilité stricte et qu'il n'était pas nécessaire de prouver que l'appelante savait que son courtier entendait enfreindre la loi ou encore qu'elle avait l'intention spécifique de l'aider ou de l'amener à le faire. La preuve que les gestes posés par l'appelante ont, *dans les faits*, aidé ou amené son courtier à contrevenir à l'art. 71 de la *LDPSF* en délivrant des produits d'assurance sans détenir les permis requis est suffisante pour entraîner sa culpabilité.

C. *Le contenu et la preuve de l'actus reus*

[51] L'appelante avance que l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 482 de la *LDPSF*, qu'elle qualifie d'infraction « prenant la forme d'une incitation à violer la loi » compte tenu des termes « aider » et « amener » qui s'y trouvent, exige la preuve que le défendeur a « recommandé ou suggéré à quelqu'un de commettre une infraction ». Cela suppose, toujours selon l'appelante, l'existence d'« une conduite positive de la part du défendeur et non simplement un acquiescement passif ou une attitude de laisser-faire de sa part » (m.a., par. 37-39). L'appelante soumet qu'en l'espèce, la « conduite positive » requise pour les fins d'une condamnation n'a pas été établie, puisqu'elle a simplement acquiescé passivement à l'infraction commise par son courtier, à savoir la délivrance sans les permis requis des certificats d'assurance individuels aux concessionnaires québécois.

[52] Cet argument est voué à l'échec. Je partage l'opinion de la majorité de la Cour d'appel sur ce point : l'appelante a aidé Flanders à commettre l'infraction prévue à l'art. 71 de la *LDPSF* en donnant son autorisation ou son consentement à la délivrance des certificats d'assurance individuels aux concessionnaires québécois. La preuve démontre que l'appelante était consciente que les biens assurés étaient situés au Québec. Elle connaissait la liste des concessionnaires québécois qui ont adhéré à la police-cadre d'assurance délivrée à GE au plus

gave the list to the AMF. Thus, Flanders did not issue the individual insurance certificates to the Quebec dealerships without the appellant's knowledge, and the appellant did not object to its insurance products being so distributed. The appellant's conduct was therefore not, strictly speaking, passive. On the contrary, it had the effect of provoking a violation of the law, which means that the *actus reus* of the offence has been established beyond a reasonable doubt.

[53] I should reiterate that the legislature has, in setting out that *actus reus*, provided that it can consist “[of] encouragement, advice or consent or [of] an authorization or order”. In my view, the appellant's failure to object in a timely manner to the proposed issuance of the individual insurance certificates by Flanders constituted consent and/or authorization within the meaning of the statute. Its conduct helped and/or induced Flanders to contravene s. 71 of the *ADFPS*. This is sufficient to establish the *actus reus* of the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS*.

[54] The appellant raised an additional argument at the hearing: the *actus reus* was not established in this case, because the appellant had been unaware that Flanders did not hold the licenses the broker was required to hold in order to distribute the insurance products in question. It submitted that its unawareness of that fact implied that it had not acted wilfully. In my opinion, the appellant's claim that it was unaware of the situation is not supported by the evidence. Its argument based on this claim is therefore of no assistance to it, and I accordingly do not need to consider this argument that the wilfulness required for the *actus reus* of the offence was absent.

[55] As I mentioned above, the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is one of strict liability. Once the *actus reus* has been proved beyond a reasonable doubt, the defendant can avoid liability only by showing that it acted with due diligence. It must therefore be asked whether the due diligence defence was available and, if so, whether the appellant discharged its burden of proof in this regard.

tard le 10 juin 2005, car elle l'avait communiquée à l'AMF à ce moment. Flanders n'a donc pas émis les certificats d'assurance individuels aux concessionnaires québécois à l'insu de l'appelante, et cette dernière ne s'est jamais opposée à ce que ses produits d'assurance soient ainsi délivrés. En conséquence, la conduite de l'appelante n'était pas *stricto sensu* passive. Au contraire, cette conduite a eu l'effet de provoquer une violation de la loi et, partant, l'élément matériel de l'infraction a été établi hors de tout doute raisonnable.

[53] Il importe de rappeler qu'en décrivant cet élément matériel, le législateur précise que celui-ci peut se traduire « par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre ». À mes yeux, le défaut de l'appelante de s'opposer en temps utile au plan de délivrance des certificats d'assurance individuels par Flanders constitue un consentement et/ou une autorisation au sens de la loi. Ce faisant, elle a aidé et/ou amené Flanders à enfreindre les dispositions de l'art. 71 de la *LDPSF*. Cela suffit pour établir l'*actus reus* de l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF*.

[54] À l'audience, l'appelante a invoqué un argument supplémentaire suivant lequel l'*actus reus* n'avait pas été établi en l'espèce vu que l'appelante ignorait que Flanders ne détenait pas les permis requis afin de délivrer les produits d'assurance en cause. Selon l'appelante, son ignorance de ce fait signifie que sa conduite n'était pas volontaire. Je suis d'avis que la prétention de l'appelante quant à son ignorance de la situation n'est pas appuyée par la preuve. Pour cette raison, son argument fondé sur cette prétention ne lui est d'aucun secours et je n'ai donc pas à examiner cet argument relatif à l'absence du caractère volontaire de l'élément matériel de l'infraction.

[55] Je réitère que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* constitue une infraction de responsabilité stricte. Une fois l'*actus reus* prouvé hors de tout doute raisonnable, le défendeur ne peut écarter sa responsabilité qu'en démontrant qu'il a agi avec diligence raisonnable. Il convient donc de se demander si la défense de diligence raisonnable était recevable et, le cas échéant, si l'appelante s'est acquittée de son fardeau de preuve à cet égard.

D. *Due Diligence Defence*

[56] The due diligence defence is available if the defendant reasonably believed in a mistaken set of facts that, if true, would have rendered his or her act or omission innocent. A defendant can also avoid liability by showing that he or she took all reasonable steps to avoid the particular event (*Sault Ste. Marie*, at p. 1326). The defence of due diligence is based on an objective standard: it requires consideration of what a reasonable person would have done in similar circumstances.

[57] However, this defence will not be available if the defendant relies solely on a mistake of law to explain the commission of the offence. Under Canadian law, a mistake of law can ground a valid defence only if the mistake was an officially induced error and if the conditions laid down in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, with respect to the application of such a defence are met. A defendant can therefore gain nothing by showing that it made a reasonable effort to know the law or that it acted in good faith in ignorance of the law, since such evidence cannot exempt it from liability.

[58] In this Court, the appellant argues that the due diligence defence was available in this case because it was unaware that its broker did not hold a license in Quebec. Thus, the question is purely one of fact.

[59] I cannot accept this argument. The testimonial evidence shows that the appellant consented to and/or authorized the issuance by its broker, Flanders, of the individual insurance certificates to the Quebec dealerships because it believed that the broker did not need to hold a license given that the certificates were merely accessory to the master policy issued to GE in Ontario. The evidence does not support the conclusion suggested by the appellant, namely that it consented to and/or authorized the issuance of the certificates because it mistakenly believed that Flanders was

D. *La défense de diligence raisonnable*

[56] La défense de diligence raisonnable est recevable si le défendeur croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent. De plus, le défendeur qui démontre qu'il a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter que l'événement en question ne se produise pourra échapper à la responsabilité (*Sault Ste-Marie*, p. 1326). La défense de diligence raisonnable est assujettie à une norme objective et elle suppose l'examen de l'attitude d'une personne raisonnable placée en pareilles circonstances.

[57] Cette défense ne sera cependant pas recevable si le défendeur n'invoque qu'une erreur de droit pour expliquer la commission de l'infraction. En droit canadien, l'erreur de droit ne peut servir à fonder une défense valable que si elle a été provoquée par une personne en autorité et si les conditions limitant l'application de cette défense énoncée dans l'arrêt *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, sont respectées. Ainsi, il est inutile pour un défendeur de démontrer qu'il a déployé des efforts raisonnables pour connaître la loi ou que, par méconnaissance de celle-ci, il a agi de bonne foi. Une telle preuve ne saurait écarter sa responsabilité.

[58] Devant notre Cour, l'appelante plaide que la défense de diligence raisonnable était recevable en l'espèce, étant donné qu'elle ignorait que son courtier ne détenait pas de permis d'exercice au Québec. Pour elle, il s'agit d'une pure question de fait.

[59] Je ne peux accepter cette prétention. Il ressort de la preuve testimoniale que l'appelante a consenti et/ou autorisé son courtier, Flanders, à délivrer les certificats d'assurance individuels aux concessionnaires québécois parce qu'elle croyait que son courtier n'avait pas besoin de permis étant donné que les certificats n'étaient que l'accessoire de la police-cadre d'assurance émise à GE en Ontario. La preuve ne permet pas de conclure, comme l'appelante nous invite à le faire, qu'elle a consenti et/ou autorisé la délivrance des certificats au motif qu'elle croyait erronément que Flanders

duly registered with the AMF in Quebec. On the contrary, the appellant explained that it would have been alarmed if it had learned that Flanders was distributing insurance products in Quebec other than those accessory to the master policy issued to GE. The appellant said that Flanders had assured it that it was using the services of a broker licensed in Quebec in such cases.

[60] The following are excerpts from the testimony of the appellant's representative, Robert Phillips, on this point:

Q. So, now, you were aware that it was a problem of unlicensed broker in Quebec?

A. Yes, which we subsequently phoned . . . as I said earlier, we subsequently phoned Flanders . . .

Q. And asked?

A. . . . and asked and we were told that they were . . . we're using the services of a broker in Quebec to act as signing authority on their behalf.

Q. Even for the floor plan?

A. Not necessarily for floor plan, but for any other coverages that they would be issuing because we keep coming back to this, the floor plan. As far as we were concerned, it was GE Ontario account that didn't require . . .

Q. So, there was no problem with Flanders?

A. Well, as far as the floor plan was concerned. If they were doing other coverages and we were doing other coverages, we would have immediately suspended them and taken another action.

Q. So . . .

A. So, we weren't issuing other coverages in Quebec for GE or the dealers or were we aware what Flanders was doing. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 106-7.]

[61] Thus, the evidence shows that the appellant was unaware not that its broker was not registered in Quebec, but that a licence was required for the

était dûment inscrit auprès de l'AMF au Québec. Au contraire, l'appelante explique qu'elle se serait alarmée si elle avait appris que Flanders délivrait au Québec des produits d'assurance autres que ceux accessoires à la police-cadre émise à GE. Flanders l'aurait assuré que, dans un tel cas, on faisait appel aux services d'un courtier titulaire d'un permis d'exercice au Québec.

[60] Voici des extraits du témoignage du représentant de l'appelante, Robert Phillips, sur cette question :

[TRADUCTION]

Q. Donc, là, vous saviez qu'il s'agissait d'un problème de courtier ne détenant pas de permis d'exercice au Québec?

R. Oui, à l'égard duquel nous avons téléphoné [. . .] comme je l'ai dit plus tôt, nous avons subséquemment téléphoné à Flanders . . .

Q. Et vous avez demandé?

R. . . . et nous avons demandé et on nous a dit qu'ils faisaient [. . .] nous faisons appel aux services d'un courtier au Québec qui agit comme signataire autorisé pour leur compte.

Q. Même pour la police-cadre d'assurance?

R. Pas nécessairement pour la police-cadre d'assurance, mais pour toutes les autres protections qu'ils offriraient parce que nous revenons constamment à celle-ci, la police-cadre. En ce qui nous concerne, c'était le compte de GE Ontario qui ne requérait pas . . .

Q. Donc, il n'y avait aucun problème pour ce qui est de Flanders?

R. Bien, pour autant que la police-cadre d'assurance était concernée. S'ils avaient offert d'autres protections et que nous en avions offert d'autres, nous les aurions suspendues sur-le-champ et pris d'autres mesures.

Q. Donc . . .

R. Donc, nous n'émettions pas d'autres protections au Québec pour GE ou les concessionnaires, ni ne savions ce que faisait Flanders. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 106-107.]

[61] La preuve révèle donc que l'appelante ignorait non pas que son courtier n'était pas inscrit au Québec, mais plutôt qu'un permis était nécessaire

broker to issue the individual insurance certificates to the Quebec dealerships. This is not a mistake of fact, but a pure mistake of law that cannot serve to ground the due diligence defence.

[62] In the alternative, the appellant argues that its participation in the commercial transactions at issue was based on a mistake of mixed fact and law and that, since such a mistake has the same effect as a mistake of fact, it is still entitled to rely on the due diligence defence. In other words, the appellant argues that it reasonably believed in a mistaken set of facts or legal situation which, if true, would have rendered its conduct innocent.

[63] On its argument with respect to a mistaken legal situation, the appellant refers once again to its belief that Flanders did not have to be registered with the AMF in the circumstances and says that its mistake of fact was based on several other factors. It explains, in particular, that the AMF's failure to reply to its explanatory letter of June 10, 2005 wrongly reassured it that its transactions were lawful. Its assessment of the situation in this regard was also reinforced by the legal advice of Flanders' lawyers and the fact that its transactions were recognized to be lawful in all the other Canadian provinces. Finally, the minimal secondary role played by the Quebec dealerships in the complex commercial transactions that essentially took place in Ontario supported the view that the appellant's belief was reasonable: the master policy was negotiated and signed in Ontario, the "principal" client, GE, had its head office in that province, GE paid the insurance premiums directly to Flanders in Winnipeg, and any indemnities would be payable directly to GE in Ontario. In short, it was reasonable for the appellant to believe that it was proceeding lawfully in selling the insurance products in question.

[64] In my opinion, the appellant's arguments can lead to only one conclusion: its mistake was one of

au courtier pour délivrer les certificats d'assurance individuels aux concessionnaires québécois. Or, il s'agit là non pas d'une erreur de fait, mais d'une pure erreur de droit qui ne peut servir à fonder la défense de diligence raisonnable.

[62] Subsidiairement, l'appelante plaide que sa participation aux opérations commerciales en cause repose sur une erreur mixte de fait et de droit, assimilable à une erreur de fait et que, pour cette raison, elle est toujours en droit d'invoquer la défense de diligence raisonnable. En d'autres mots, elle prétend avoir cru pour des motifs raisonnables à un état de faits ou une situation juridique inexistants qui, s'ils avaient existé, auraient rendu sa conduite innocente.

[63] En ce qui concerne sa prétention relative à une situation juridique inexistante, l'appelante réitère sa conviction que l'inscription de Flanders auprès de l'AMF n'était pas nécessaire dans les circonstances. Son erreur de fait serait fondée sur plusieurs autres éléments. L'appelante explique notamment que l'absence de réponse de la part de l'AMF à sa lettre explicative du 10 juin 2005 l'a indûment rassurée sur le caractère légal de ses opérations commerciales. De plus, les avis juridiques des juristes agissant pour Flanders, ainsi que la reconnaissance de la légalité de ses opérations dans toutes les autres provinces canadiennes, l'ont également confortée dans son appréciation de la situation à cet égard. Finalement, le rôle accessoire et minimal réservé aux concessionnaires québécois dans les opérations commerciales complexes se déroulant essentiellement en Ontario appuyait le caractère raisonnable de sa croyance : la police-cadre avait été négociée et signée en Ontario, le client « principal », GE, avait son siège social dans cette province, les primes d'assurance étaient payées directement par GE à Flanders, sise à Winnipeg, et toute indemnité éventuelle était payable directement à GE en Ontario. Bref, il était raisonnable pour l'appelante de croire à la légalité de son mode d'exploitation des produits d'assurance en cause.

[64] À mon avis, les arguments soulevés par l'appelante ne mènent qu'à une seule conclusion :

law. Moreover, I note that the appellant is not claiming that it believed in a mistaken legal situation *and*, at the same time, a mistaken set of facts. Rather, it is arguing that it mistakenly believed in the existence of a legal situation *because* of a set of facts that were actually true. At the very least, it claims that its belief in that mistaken legal situation was *justified* and should be excused in light of that factual reality.

[65] In this regard, I agree with Cournoyer J.A. that [TRANSLATION] “[t]he AMF’s silence cannot on its own transform an error of law into an error of mixed fact and law” (para. 232). And as I mentioned above, under the law as it now stands in Canada, no matter how reasonable a mistake of law may be, it cannot — unlike a mistake of fact or an officially induced error — serve as a valid defence in the case of a strict liability offence. In *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356, Lamer J. noted:

... the defence of due diligence that was referred to in *Sault Ste. Marie* is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation. [p. 364]

[66] Since the mistake relied on by the appellant was purely one of law, I find that the appellant’s argument based on the mistake having been one of mixed fact and law must be rejected and that the due diligence defence was not available in the instant case.

[67] However, the appellant also argues, in the alternative, that this Court should qualify the rule with respect to ignorance of the law and recognize reasonable mistake of law in the vast mosaic of regulatory offences. More specifically, it asks that this defence be made available in cases in which reasonable ignorance of or honest confusion about the applicable law is closely tied to improper conduct on the part of a regulatory body. It thus argues that the competent authority set a “trap” by

il s’agit d’une erreur de droit. Je constate d’ailleurs qu’elle ne prétend pas avoir cru à une situation juridique inexistante *et*, en même temps, à un état de faits inexistant. Elle affirme plutôt avoir erronément cru à l’existence d’une situation juridique *en raison* d’un état de faits qui existait bel et bien. Elle prétend qu’à tout le moins, sa croyance en cette situation juridique inexistante était *justifiée* et devait être excusée au regard de la réalité factuelle ainsi décrite.

[65] À cet égard, je partage l’opinion du juge Cournoyer selon laquelle « [l]e seul silence de l’AMF ne peut transformer une erreur de droit en erreur mixte de fait et de droit » (par. 232). Je rappelle également que dans l’état actuel du droit au Canada, aussi raisonnable que puisse être une erreur de droit, contrairement à l’erreur de fait et à l’exception fondée sur une erreur de droit provoquée par une personne en autorité, cette erreur de droit ne peut servir de défense valable dans le cas d’une infraction de responsabilité stricte. Dans l’affaire *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356, le juge Lamer souligne :

... l’arrêt *Sault Ste-Marie* parle de la défense de diligence raisonnable par rapport à l’accomplissement d’une obligation imposée par la loi et non par rapport aux recherches sur l’existence d’une interdiction ou sur son interprétation. [p. 364]

[66] Puisque l’erreur invoquée par l’appelante est une pure erreur de droit, je conclus que son argument fondé sur l’erreur mixte de droit et de fait doit être écarté et que la défense de diligence raisonnable n’est pas recevable en l’espèce.

[67] Toutefois, l’appelante plaide aussi subsidiairement que notre Cour devrait nuancer la règle relative à l’ignorance de la loi et reconnaître l’erreur de droit raisonnable dans la vaste mosaïque des infractions réglementaires. Plus spécifiquement, elle demande la reconnaissance de cette défense dans les cas où l’ignorance raisonnable ou la confusion honnête au sujet du droit applicable est intimement liée au comportement abusif d’un organisme de réglementation. En conséquence,

acting unfairly toward it. I will now consider this final argument.

E. *Reasonable Mistake of Law*

[68] This Court has held many a time that the fact that a defendant has exercised due diligence to find out and verify the nature of the applicable law is not a defence (*City of Lévis*, at para. 22). It has characterized the rule with respect to ignorance of the law as “an orienting principle of our criminal law which should not be lightly disturbed” (*Jorgensen*, at para. 5, *per* Lamer C.J.). In *City of Lévis*, at paras. 22-27, LeBel J. noted that this rule has the same weight in regulatory law.

[69] The rule with respect to ignorance of the law exists to ensure that the criminal justice system functions properly and that social order is preserved. G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon explain this rule, conveyed by the maxim “ignorance of the law is no excuse”, as follows (*Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at p. 1098):

[TRANSLATION] The presumption of knowledge of the law becomes the *quid pro quo* for the principle of legality. The legislature assures citizens that it will not punish them without first telling them what is prohibited or required. But in exchange, it imposes on them an obligation to ask for information before acting. . . .

Fear of social disorder and anarchy is the main argument of those who want to uphold the maxim. To accept an unrestricted possibility of hiding behind a subjective excuse of ignorance would be dangerous and improper.

[70] In *Jorgensen*, Lamer C.J. also endorsed this view, quoting the following passage on the rationale for the rule against a defence based on mistake of law:

Don Stuart identifies four aspects of the rationale for the rule against accepting ignorance of the law as an excuse:

elle plaide l’existence d’un « piège » qu’aurait créé l’autorité compétente en adoptant un comportement inéquitable à son égard. Je vais maintenant examiner ce dernier argument.

E. *L’erreur de droit raisonnable*

[68] Notre Cour a maintes fois affirmé que la diligence raisonnable déployée par un défendeur pour connaître et vérifier la nature du droit applicable ne constitue pas un moyen de défense (*Ville de Lévis*, par. 22). Elle a qualifié la règle relative à l’ignorance de la loi de « principe directeur de notre droit criminel qui ne devrait pas être perturbé à la légère » (*Jorgensen*, par. 5, le juge en chef Lamer). Dans l’arrêt *Ville de Lévis*, aux par. 22-27, le juge LeBel rappelle que la règle a le même poids en droit réglementaire.

[69] La raison d’être de la règle relative à l’ignorance de la loi est d’assurer la bonne marche du système de justice pénale et le maintien de l’ordre social. Les auteurs G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon donnent les explications suivantes à l’égard de cette règle traduite par la maxime « nul n’est censé ignorer la loi » (*Traité de droit pénal canadien* (4^e éd. 1998), p. 1098) :

La présomption de connaissance de la loi devient la contrepartie du principe de la légalité. Le législateur assure les citoyens qu’il ne les punira pas sans leur avoir au préalable indiqué ce qui est interdit ou impératif. Mais, en échange, il leur impose l’obligation de se renseigner avant d’agir. . .

La crainte du désordre social et de l’anarchie est l’argument majeur invoqué par ceux qui désirent le maintien de la maxime. Il serait dangereux et abusif d’admettre sans restriction que l’on puisse s’abriter derrière une excuse subjective d’ignorance.

[70] Dans l’arrêt *Jorgensen*, le juge en chef Lamer abonde dans le même sens en citant ce qui suit au sujet de la justification de la règle qui fait obstacle à une défense fondée sur l’erreur de droit :

Don Stuart fait ressortir quatre aspects de la justification de la règle qui s’oppose à l’acceptation de l’ignorance de la loi à titre d’excuse :

[TRADUCTION]

1. Allowing a defence of ignorance of the law would involve the courts in insuperable evidential problems.
2. It would encourage ignorance where knowledge is socially desirable.
3. Otherwise every person would be a law unto himself, infringing the principle of legality and contradicting the moral principles underlying the law.
4. Ignorance of the law is blameworthy in itself.

(*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 295-98) [para. 5]

[71] It should nonetheless be noted that if the rule that *ignorantia juris non excusat* — ignorance of the law excuses no one — were absolute, this could seriously hinder the application of another cardinal rule of our criminal justice system: there can be no punishment without fault. The overlap between these rules is all the more significant given the current simultaneous proliferation of regulatory measures and penal statutes. Indeed, several authors have pointed out that it is now impossible for citizens to have comprehensive knowledge of every law:

[TRANSLATION] The presumption of knowledge of laws was acceptable and defensible in the past because those laws concerned only serious offences and crimes against morality. The situation is very different today, and the criminal or penal law must be interpreted by consulting an abundant case law. The much-discussed multiplication of penal statutes must also be considered, and no one, not even criminal lawyers and other specialists in such matters, can profess to know all of them. The situation created by this proliferation of statutes is aggravated by the problem of their publication, which, although formal, is often not really effective.

(Côté-Harper, Rainville and Turgeon, at p. 1099)

[72] Dickson J. also commented on this in *Sault Ste. Marie*, at p. 1310:

Public welfare offences obviously lie in a field of conflicting values. It is essential for society to maintain, through

1. L'admission du moyen de défense d'ignorance de la loi causerait aux tribunaux des problèmes insurmontables en matière de preuve.
2. Elle encouragerait l'ignorance alors que la connaissance est souhaitable du point de vue social.
3. Sinon, chacun ne connaîtrait d'autre loi que la sienne, ce qui contreviendrait au principe de la légalité et contredirait les principes moraux qui sous-tendent le droit.
4. L'ignorance de la loi est répréhensible en soi.

(*Canadian Criminal Law : A Treatise* (3^e éd. 1995), pp. 295 à 298) [par. 5]

[71] Néanmoins, il convient de souligner que l'absolutisme de la règle *ignorantia juris non excusat* — l'ignorance de la loi n'excuse pas — pourrait entraver sérieusement l'application d'une autre règle cardinale de notre système de justice pénale : il ne saurait y avoir de sanction en l'absence de faute. Le chevauchement de ces règles est d'autant plus significatif que l'on assiste aujourd'hui à une prolifération simultanée de mesures réglementaires et de lois pénales. Plusieurs auteurs soulignent d'ailleurs que la connaissance exhaustive des lois par le citoyen est maintenant chose impossible :

La présomption de la connaissance des lois était tolérable et se justifiait autrefois parce que l'on ne retrouvait dans ces lois que les infractions graves et des crimes contre la loi morale. La situation a beaucoup évolué de nos jours et le droit criminel ou pénal doit s'interpréter avec l'aide d'une jurisprudence volumineuse. De plus, il faut aussi considérer cette fameuse inflation des lois pénales et personne, même les criminalistes et autres spécialistes en la matière, n'a la prétention de les connaître toutes. La situation créée par cette multiplication des textes législatifs est aggravée par le problème de leur publicité qui, bien que formelle, n'est souvent guère effective.

(Côté-Harper, Rainville et Turgeon, p. 1099)

[72] Le juge Dickson fait le même constat lorsqu'il écrit dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, p. 1310 :

Les infractions contre le bien-être public mettent manifestement en jeu des valeurs contradictoires. Il est essentiel

effective enforcement, high standards of public health and safety. Potential victims of those who carry on latently pernicious activities have a strong claim to consideration. On the other hand, there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent.

[73] Despite the problems that flow from regulatory measures, the rise in the number of such measures and the commensurate multiplication of penal provisions designed to enforce them go hand in hand with the evolution of modern societies. These trends are well established. Regulatory measures are adopted to protect the public from dangers that can result from activities that are otherwise legitimate. The reason why penal sanctions are used in this context rather than civil law or administrative law sanctions lies in the deterrent power of penal law (H. Parent, *Traité de droit criminel*, vol. 2 (2nd ed. 2007), at paras. 496-500). Cory J. eloquently explained the importance of regulatory offences in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 221-22:

It is difficult to think of an aspect of our lives that is not regulated for our benefit and for the protection of society as a whole. From cradle to grave, we are protected by regulations; they apply to the doctors attending our entry into this world and to the morticians present at our departure. Every day, from waking to sleeping, we profit from regulatory measures which we often take for granted. . . .

In short, regulation is absolutely essential for our protection and well being as individuals, and for the effective functioning of society. It is properly present throughout our lives.

[74] The foregoing discussion underscores the conflicts that inevitably result from the constantly expanding presence of regulatory measures. Such measures play an essential role in the implementation of public policy. The rule that ignorance of the law is not a valid defence supports the state's duty in this regard. For this reason alone, it needs to be enforced.

que la société maintienne, par un contrôle efficace, un haut niveau d'hygiène et de sécurité publiques. Il faut sérieusement prendre en considération les victimes potentielles de ceux qui exercent des activités comportant un danger latent. En revanche, on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent.

[73] Malgré les difficultés qu'ils engendrent, l'accroissement des mesures réglementaires et la multiplication proportionnelle des dispositions pénales visant à assurer leur respect vont de pair avec l'évolution des sociétés modernes. Ces phénomènes sont bien enracinés. La raison d'être des mesures réglementaires est la protection du public contre les dangers auxquels peut donner lieu l'exercice d'activités par ailleurs légitimes. L'emploi de sanctions pénales dans ce contexte, plutôt que de sanctions civiles ou administratives, s'explique par le pouvoir dissuasif du droit pénal (H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. 2 (2^e éd. 2007), par. 496-500). Le juge Cory a éloquentement décrit l'importance des infractions réglementaires dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 221-222 :

Il est difficile de penser à un aspect de nos vies qui n'est pas réglementé pour notre propre avantage et pour la protection de la société dans son ensemble. Du berceau à la tombe, nous sommes protégés par des dispositions réglementaires; elles s'appliquent tant aux médecins qui nous mettent au monde qu'aux entrepreneurs de pompes funèbres présents à notre départ. Chaque jour, du lever au coucher, nous profitons de mesures réglementaires que nous tenons souvent pour acquises. . . .

En bref, les mesures réglementaires sont absolument essentielles pour assurer notre protection et notre bien-être en tant qu'individus et pour permettre le fonctionnement efficace de la société. Elles sont justifiées dans tous les aspects de notre vie.

[74] Ce qui précède met en relief les tensions inévitables résultant de la place sans cesse croissante qu'occupent les mesures réglementaires. Ces mesures sont indispensables pour la mise en œuvre des politiques d'intérêt public. La règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une défense valable appuie le devoir de l'État à cet égard. Pour cette seule raison, elle doit être respectée.

[75] At the same time, the rise in the number of statutes coupled with their growing complexity increases the risk that a citizen will be punished in circumstances in which ignorance of the law might nevertheless be understandable.

[76] In light of all these considerations, I find that the objective of public protection that underlies the creation of regulatory offences militates strongly against accepting a *general* defence of reasonable mistake of law in this context. As Cory J. noted in *Wholesale Travel*, at p. 219,

[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.

[77] Moreover, it is incumbent on a regulated entity that engages in an activity requiring specific knowledge, including knowledge of the applicable law, to obtain that knowledge. The following observations of Hugues Parent are of particular relevance in a regulatory context such as the one in the instant case. Although he objects to the rule conveyed by the maxim “ignorance of the law is no excuse” being absolute, Parent mentions a very important limit — unforeseeability of the mistake — that would have to apply should the rule be relaxed:

[TRANSLATION] An individual who acts in ignorance of a provision he or she is not in a position to know about, despite being in good faith and exercising due diligence, does wrong unknowingly, and therefore unintentionally. Such an individual cannot therefore be held liable.

To be successfully argued, insurmountable ignorance of the law must be *unforeseeable*, which means that it must not be related to an activity requiring special knowledge: thus, a professional fisher charged with possession of immature lobsters cannot use ignorance of the law as a defence. As O’Hearn Co. Ct. J. stated in [*R. v. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84 (N.S. Co. Ct.)], “if an accused wishes to indulge in an activity that requires special knowledge including knowledge of the applicable law, he can fairly be held to be under an obligation

[75] En même temps, force est de constater que l’accroissement du nombre de textes légaux, conjugué à leur complexité grandissante, augmentent le risque qu’un justiciable soit sanctionné dans des circonstances où la méconnaissance de la loi pourrait par ailleurs être compréhensible.

[76] En tenant compte de toutes ces considérations, je suis d’avis que l’objectif de la protection du public qui est à la base de la création des infractions réglementaires milite fortement contre la recevabilité d’une défense *générale* d’erreur de droit raisonnable dans ce domaine. Comme l’a souligné le juge Cory dans l’arrêt *Wholesale Travel*, p. 219 :

La 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.

[77] De plus, il incombe à l’entité réglementée qui s’engage dans une activité qui requiert des connaissances particulières, y compris le droit applicable en la matière, de les obtenir. Les observations suivantes de l’auteur Hugues Parent sont fort pertinentes dans un contexte de réglementation comme celui qui nous concerne. Tout en s’opposant au caractère absolu de la règle évoquée par la maxime « nul n’est censé ignorer la loi », l’auteur Parent fait état d’une limite très importante à laquelle devrait se conformer un éventuel assouplissement de cette règle, à savoir celle de l’imprévisibilité de l’erreur en cause :

L’individu qui agit dans l’ignorance d’une disposition qu’il n’était pas en mesure de connaître, malgré sa bonne foi et sa diligence raisonnable, agit mal sans le savoir et, par conséquent, sans le vouloir. Aucune responsabilité ne peut donc lui être imputée.

Pour être alléguée avec succès, l’ignorance invincible de la loi doit être *imprévisible*, c’est-à-dire qu’elle ne doit pas être reliée à une activité qui exige une connaissance particulière, de sorte que le pêcheur professionnel, accusé d’avoir en sa possession une quantité de homards immatures, ne pourra soulever en défense son ignorance de la loi. Comme le mentionne le juge O’Hearn dans l’arrêt [*R. c. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84 (C. cté N.-É.)], « si une personne veut se lancer dans une activité qui exige des connaissances particulières, dont la

to acquire that knowledge”. Because the information needed to attain that knowledge is essential, it must be accessible and comprehensible. [Emphasis in original.]

(*Traité de droit criminel*, vol. 1 (3rd ed. 2008), at paras. 580-81)

[78] The regulator at issue in the instant case, the AMF, is not required by law to reply to those to whom the law applies or to inform them about their rights and obligations. As a result, it was not reasonable in this case for the appellant to view the AMF’s silence as a confirmation of its interpretation of that law. This being said, the AMF’s attitude is of some concern. Nevertheless, although its attitude does not reflect the greater transparency a regulator is normally expected to show, and as unfortunate as that might be, that attitude cannot be equated with improper conduct or bad faith on its part.

[79] Furthermore, even if the AMF’s conduct were so vexatious as to justify accepting a new exception to the rule with respect to ignorance of the law, which I cannot find to be the case here, I am of the opinion that the steps taken by the appellant to avoid breaking the law do not meet the requirements for the due diligence defence. The appellant relied solely on the legal advice of professionals acting for a third party, Flanders, in Manitoba. A reasonable person would at least have sought an independent opinion from a member of the Barreau du Québec, preferably one who specializes in insurance law. Thus, the appellant in this case has not shown that it took all reasonable steps to avoid breaking the law.

[80] I am well aware of the difficulties of statutory interpretation that might result from the complexity of certain regulated activities. Here, it is troubling that the AMF itself had serious difficulty

connaissance de la loi applicable, on peut à juste titre conclure qu’elle a l’obligation d’acquérir cette connaissance ». Les informations permettant d’accéder à cette connaissance étant essentielles, celles-ci doivent être accessibles et compréhensibles. [En italique dans l’original.]

(*Traité de droit criminel*, t. 1 (3^e éd. 2008), par. 580-581)

[78] L’organisme de réglementation en cause dans cette affaire, à savoir l’AMF, n’est pas tenu par la loi de répondre ou de renseigner ceux et celles visés par cette loi quant à leurs droits et obligations, si bien qu’en l’espèce, il n’était pas raisonnable pour l’appelante de considérer le silence de l’AMF en tant que confirmation de son interprétation de ladite loi. Cela dit, l’attitude de l’AMF laisse néanmoins songeur. Sans témoigner de la plus grande transparence qui doit normalement guider les actions d’un organisme de réglementation et aussi regrettable qu’elle puisse être, l’attitude de l’AMF ne saurait cependant être assimilée à de l’abus ou de la mauvaise foi de sa part.

[79] De plus, même si la conduite de l’AMF était vexatoire au point de justifier la reconnaissance d’une nouvelle exception à la règle relative à l’ignorance de la loi, solution à laquelle je ne peux conclure en l’espèce, je suis d’avis que les gestes posés par l’appelante afin d’éviter d’enfreindre la loi ne satisfont pas aux exigences de la défense de diligence raisonnable. L’appelante s’est fiée uniquement aux avis juridiques fournis par des professionnels agissant pour le compte d’un tiers, à savoir Flanders au Manitoba. Une personne raisonnable aurait au moins sollicité une opinion indépendante d’un avocat inscrit au Barreau du Québec et exerçant préférentiellement dans le domaine du droit des assurances. Quoi qu’il en soit, dans le présent cas, l’appelante n’a pas démontré qu’elle a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter de contrevenir à la loi.

[80] Je suis bien conscient des difficultés d’interprétation de la loi qui peuvent résulter de la complexité de certaines activités réglementées. En l’espèce, il est préoccupant de constater que l’AMF

interpreting the applicable law in deciding whether the transactions in question were lawful. Is it reasonable to require those to whom regulatory measures apply to have a more extensive knowledge of the law than the body responsible for enforcing it?

[81] As I mentioned above, the complexity of regulations results from the need to ensure the proper functioning of civil society (*Wholesale Travel, Sault Ste. Marie, City of Lévis*). In this regard, I agree with the following comment made by Lamer C.J. in *Jorgensen*:

. . . the complexity of contemporary regulation makes the assumption that a responsible citizen will have a comprehensive knowledge of the law unreasonable. This complexity, however, does not justify rejecting a rule which encourages a responsible citizenry, encourages government to publicize enactments, and is an essential foundation to the rule of law. [para. 25]

[82] I would therefore suggest postponing the debate about the appropriateness of accepting a new exception to the rule that mistake of law can be a valid defence only in very specific circumstances.

F. *Number of Statements of Offence*

[83] My colleague Fish J. raises, in support of his conclusion, the distinction drawn by the Court of Appeal in *Demers* between s. 482 of the *ADFPS*, which creates an independent offence, and ss. 208 of the *SA* and 491 of the *ADFPS*, which establish a mode of participation in an offence. In his view, s. 482 creates a single offence and the AMF was wrong to issue 56 separate statements of offence against the appellant.

[84] In other words, whereas a person who commits the offences provided for in ss. 208 of the *SA* and 491 of the *ADFPS* is a secondary offender, the same person, in the context of s. 482, is guilty of a single discrete and independent offence. A person who consents to or authorizes a broker's acting on

ait elle-même éprouvé de sérieuses difficultés à interpréter le droit applicable pour se prononcer sur la légalité des opérations commerciales en cause. Est-il raisonnable d'exiger de ceux et celles visés par des mesures réglementaires une connaissance plus étendue de la loi que celle qu'en a l'organisme chargé de l'appliquer?

[81] Je réitère que la complexité de la réglementation découle du besoin de veiller au bon fonctionnement de la société civile (*Wholesale Travel, Sault Ste-Marie, Ville de Lévis*). À cet égard, je fais miens les propos suivants du juge en chef Lamer dans *Jorgensen* :

. . . la complexité des règlements actuels permet de présumer qu'un citoyen responsable ne peut raisonnablement avoir une connaissance approfondie du droit. Toutefois, cette complexité ne justifie pas le rejet d'une règle qui encourage les citoyens à devenir responsables et le gouvernement à rendre publiques les règles de droit, et qui constitue un fondement essentiel de la primauté du droit. [par. 25]

[82] En conséquence, je propose de reporter à plus tard le débat sur l'opportunité de reconnaître une nouvelle exception à la règle selon laquelle l'erreur de droit ne peut constituer une défense recevable que dans des circonstances bien spécifiques.

F. *Nombre de constats d'infraction*

[83] Mon collègue, le juge Fish, invoque au soutien de son opinion la distinction soulevée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Demers* entre le contenu de l'art. 482 de la *LDPSF* créant une infraction autonome et celui des art. 208 de la *LVM* et 491 de la *LDPSF* qui crée un mode de participation à une infraction. Il conclut que l'art. 482 est constitutif d'une seule et même infraction et que l'AMF a eu tort de déposer 56 constats d'infraction distincts contre l'appelante.

[84] En d'autres mots, alors que l'auteur de l'infraction identifiée aux arts. 208 de la *LVM* et 491 de la *LDPSF* est un auteur secondaire, ce dernier, dans le contexte de l'art. 482, se rend coupable d'une seule infraction distincte et indépendante. S'il a consenti et/ou autorisé le courtier à agir en son nom, il n'a commis

his or her behalf commits just one fault and should therefore receive just one statement of offence.

[85] I agree with my colleague that the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* is a discrete and independent offence and that the appellant is not liable for the offences committed by its broker. Nonetheless, this does not, in my opinion, mean that the appellant cannot have committed several discrete offences. That is in fact what occurred here.

[86] The evidence in the record shows that the consent or authorization the appellant gave its broker was not only general, but was also specific. As of June 2005, the appellant was in possession of the list of Quebec dealerships whose inventories were to be insured starting in August 2005. Furthermore, the following words appeared above its broker's signature on each of the individual insurance certificates the broker issued to the Quebec dealerships: [TRANSLATION] "Signed on behalf of the insurer(s) by Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd." Thus, the appellant participated, through its representative, Flanders, in the issuance of each of the individual insurance certificates in Quebec. This means that the appellant specifically consented to and/or authorized each of the 56 transactions that took place in Quebec, thereby committing the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* 56 times. In short, it performed 56 separate acts of authorization and/or consent.

[87] Although I cannot find as a matter of law that there was a single transaction in this case and that the appellant is guilty of just one offence, I do consider it necessary to add a few comments about the AMF's decision to issue 56 separate statements of offence against the appellant.

[88] I recognize that a prosecutor, the AMF in this case, has a broad quasi-judicial decision-making power that flows from its ability, and above all discretion, to issue statements of offence in the cases that come before it (G. Létourneau,

qu'une seule faute et, par voie de conséquence, il ne devrait recevoir qu'un seul constat d'infraction.

[85] Je suis d'accord avec mon collègue que l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* est une infraction distincte et indépendante et que l'appelante n'est pas responsable des infractions commises par son courtier. Néanmoins, je suis d'avis que ce constat n'exclut pas pour autant la possibilité que l'appelante ait commis plusieurs infractions distinctes. Tel est le cas en l'espèce.

[86] Il ressort de la preuve au dossier que le consentement ou encore l'autorisation accordés par l'appelante à son courtier n'étaient pas seulement d'ordre général, mais également spécifique. En fait, à partir du mois de juin 2005, celle-ci était en possession de la liste des concessionnaires québécois dont les inventaires devaient être assurés à partir du mois d'août 2005. De plus, son courtier a émis chacun des certificats d'assurance individuels aux concessionnaires québécois en apposant sa signature en dessous de la formule : « Signé au nom du ou des assureurs par Assurances Flanders ltée, Services administratifs et de gestion. » L'appelante a donc, par l'entremise de son représentant, Flanders, participé à l'émission de chacun des certificats d'assurance individuels au Québec. Partant, l'appelante a spécifiquement donné son consentement et/ou son autorisation à chacune des 56 transactions intervenues au Québec, commettant ainsi l'infraction identifiée à l'art. 482 de la *LDPSF* à 56 reprises. Bref, il s'agit de 56 actes distincts d'autorisation et/ou de consentement.

[87] Même si je ne peux conclure en droit qu'il s'agit en l'espèce d'une transaction unique et que l'appelante n'est coupable que d'une seule infraction, j'estime nécessaire néanmoins d'ajouter quelques commentaires au sujet de la décision de l'AMF de déposer 56 constats d'infraction distincts contre l'appelante.

[88] Je reconnais que le poursuivant, en l'espèce l'AMF, bénéficie d'un large pouvoir décisionnel de nature quasi-judiciaire qui découle de la faculté et surtout de la discrétion de déposer des constats d'infraction dans les cas qu'elle détermine

Code de procédure pénale du Québec: annoté (9th ed. 2011), at p. 324). Moreover, a very high standard of intervention must be met by a court reviewing the exercise of this broad power. Courts can order stays of penal proceedings only in the “clearest of cases”, where “there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed” (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, *per* L’Heureux-Dubé J.; see also *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411). This is clearly not such a case.

[89] However, I believe it is important to remember the fundamental distinction between the regulatory penal law system and the criminal law system in Canada. In the leading case of *Sault Ste. Marie*, at pp. 1302-3, this Court laid down the following principles:

[Regulatory offences] are not criminal in any real sense, but are prohibited in the public interest. . . . Although enforced as penal laws through the utilization of the machinery of the criminal law, the offences are in substance of a civil nature and might well be regarded as a branch of administrative law to which traditional principles of criminal law have but limited application.

[90] These two systems, the regulatory penal law and criminal law systems, serve societal purposes that are important and complementary, but also different. In the words of Cory J., whereas “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” (*Wholesale Travel*, at p. 219). It is therefore essential not to lose sight of the basic differences between the two systems and, as a result, to weaken the application of one by distorting the application of the other.

[91] In the instant case, at the risk of crossing the line between regulatory penal liability and criminal

(G. Létourneau, *Code de procédure pénale du Québec : annoté* (9^e éd. 2011), p. 324). La révision judiciaire de ce vaste pouvoir doit d’ailleurs respecter une norme d’intervention très exigeante. Les tribunaux ne peuvent ordonner l’arrêt de poursuites pénales que dans les « cas les plus manifestes », lorsque « la preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d’un acte si fautif qu’il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu’il serait vraiment injuste et indécent de continuer » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616, la juge L’Heureux-Dubé; voir aussi *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411). De toute évidence, nous ne sommes pas en présence d’un tel cas.

[89] Toutefois, j’estime qu’il est important de rappeler la distinction fondamentale entre le régime du droit pénal réglementaire et celui du droit criminel au Canada. Dans l’arrêt de principe *Sault Ste-Marie*, aux p. 1302-1303, notre Cour a formulé les enseignements suivants :

[Les] infractions [réglementaires] ne sont pas criminelles au plein sens du terme, mais sont prohibées dans l’intérêt public. [. . .] Bien qu’appliquées comme lois pénales par le truchement de la procédure criminelle, ces infractions sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s’appliquent que de façon limitée.

[90] Chacun de ces régimes, soit le régime pénal réglementaire et le régime criminel, répond à des objectifs sociaux importants et complémentaires, mais par ailleurs différents. Pour citer le juge Cory, tandis « 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 » (*Wholesale Travel*, p. 219). Il est donc essentiel de ne pas occulter les différences essentielles entre les deux régimes et ainsi affaiblir l’application de l’un en dénaturant l’application de l’autre.

[91] En l’espèce, au risque d’empiéter sur la ligne de démarcation entre la responsabilité pénale

liability, the fact that there is a substantial minimum fine to sanction the commission of the offence provided for in s. 482 of the *ADFPS* raises the question whether it was fair for the AMF to decide to lay 56 separate charges against the appellant.

[92] It might have been preferable for the AMF to file a single statement of offence rather than the 56 statements it did file. Nevertheless, it will not be necessary to determine whether the AMF's conduct in proceeding as it did constitutes an improper use of procedure, since this question was not before the other courts and was touched on only indirectly in argument in this Court.

[93] *Dura lex, sed lex*: The law is harsh, but it is the law, and the AMF has obviously given full meaning to this expression where the appellant is concerned. Yet the AMF chose to prosecute Flanders, the principal wrongdoer, under s. 462 of the *ADFPS*, which meant that Flanders was liable to a lesser sanction that is in no way comparable to the fine that could be imposed on the appellant under s. 487 of that same Act. Although technically speaking the appellant did consent to and/or authorize the issuance of individual insurance certificates on 56 occasions, the fact remains that these offences arose out of a single decision to retain Flanders as a broker.

[94] In my opinion, it would be preferable for a prosecutor, when exercising its discretion to issue multiple statements of offence, to assess the context in which the offences were committed on a case-by-case basis. This would ensure that its procedures are not transformed into the equivalent of criminal proceedings and do not fuel confusion between regulatory penal liability and criminal liability.

V. Conclusion

[95] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

réglementaire et la responsabilité criminelle, l'existence d'une amende minimale substantielle pour sanctionner la commission de l'infraction définie à l'art. 482 de la *LDPSF* nous amène à nous interroger sur la justesse de la décision de l'AMF de déposer 56 chefs d'accusation distincts contre l'appelante.

[92] Peut-être qu'en l'espèce il eût été préférable que l'AMF dépose un seul constat d'infraction plutôt que de procéder avec le dépôt des 56 constats en cause. Mais il n'est pas nécessaire de déterminer si la conduite de l'AMF en procédant comme elle l'a fait constitue un abus de procédure puisque la question ne fut pas abordée devant les autres cours et seulement de façon indirecte à l'occasion des plaidoiries devant cette Cour.

[93] *Dura lex, sed lex* : La loi est dure, mais c'est la loi, et l'AMF a de toute évidence consacré à cette expression toute sa signification eu égard à l'appelante. Et pourtant, eu égard à Flanders, l'auteur principal de la faute, l'AMF a choisi de la poursuivre en vertu de l'art. 462 de la *LDPSF*, l'assujettissant ainsi à une sanction bien moindre qui n'a aucune commune mesure avec l'amende imposable à l'appelante en vertu de l'art. 487 de la même loi. Même si techniquement l'appelante a consenti et/ou autorisé la délivrance de certificats d'assurance individuels à 56 reprises, il reste que ces infractions découlaient d'une seule et même décision de retenir les services de Flanders à titre de courtier.

[94] À mon avis, il serait souhaitable que le poursuivant apprécie, au cas par cas, le contexte entourant la perpétration des infractions lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire de déposer des constats d'infraction multiples. Ainsi, les procédures qu'il entreprendra n'empiéteront pas sur le contentieux du droit criminel et n'alimenteront pas la confusion des genres entre la responsabilité pénale réglementaire et la responsabilité criminelle.

V. Conclusion

[95] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting in part) —

I

[96] The appellant stands convicted 56 times for what, as a matter of law, was in my view a single offence. For the reasons that follow, I would therefore substitute a single conviction.

II

[97] According to the respondent (the “Authority”), the appellant (“La Souveraine”) contravened s. 482 of *An Act respecting the distribution of financial products and services*, R.S.Q., c. D-9.2 (“*ADFPS*”), 56 times on the same day — in 56 different localities across Québec.

[98] The 56 counts are virtually identical, except for the place where each offence is said to have been committed. They all allege that La Souveraine [TRANSLATION] “did consent to and/or authorize” Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd. (“Flanders”) — an unregistered firm — to contravene s. 71 of the *ADFPS*, thereby itself committing an offence under s. 482 of the *ADFPS*.

[99] Upon conviction on all 56 counts, La Souveraine would be liable to a mandatory minimum punishment — a fine of \$560,000.

[100] Section 482 of the *ADFPS* reads:

482. *Every insurer that helps or, by encouragement, advice or consent or by an authorization or order, induces a firm or an independent representative or independent partnership through which it offers insurance products or an executive officer, director, partner, employee or representative of such a firm or independent partnership to contravene any provision of this Act or the regulations is guilty of an offence.*

The same applies to any director, executive officer, employee or mandatary of an insurer.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident en partie) —

I

[96] L’appelante a été reconnue coupable de 56 accusations qui, en droit, ne visaient à mon sens qu’une seule et même infraction. Pour les motifs qui suivent, je prononcerais donc une seule déclaration de culpabilité.

II

[97] Selon l’intimée (l’« Autorité »), l’appelante (« La Souveraine ») a enfreint l’art. 482 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2 (« *LDPSF* »), à 56 reprises le même jour, et ce, à 56 endroits différents au Québec.

[98] À l’exception de l’endroit où chaque infraction aurait été commise, les 56 chefs d’accusation sont virtuellement identiques. Ils reprochent tous à La Souveraine d’avoir « consenti et/ou autorisé » Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd. (« Flanders ») — un cabinet non inscrit — à enfreindre l’art. 71 de la *LDPSF*, commettant ainsi elle-même l’infraction visée à l’art. 482 de la *LDPSF*.

[99] Si elle est déclarée coupable des 56 chefs d’accusation, La Souveraine est passible d’une amende obligatoire d’au moins 560 000 \$.

[100] L’article 482 de la *LDPSF* est rédigé ainsi :

482. *Un assureur qui aide ou, par un encouragement, un conseil, un consentement, une autorisation ou un ordre, amène un cabinet, ou un représentant autonome ou une société autonome par l’entremise de qui il offre des produits d’assurance, ou un dirigeant, administrateur, associé, employé ou représentant de ce cabinet ou de cette société autonome, à enfreindre une disposition de la présente loi ou de ses règlements commet une infraction.*

Il en est de même de tout administrateur, dirigeant, employé ou mandataire d’un assureur.

[101] I am satisfied that this provision creates a discrete substantive offence, rather than a party liability offence. Manifestly, an insurer found to have violated s. 482 of the *ADFPS* is neither guilty of the same offence nor liable to the same penalty as the firm it helped or induced to contravene *another provision of the Act or regulations*. Party liability is expressly provided for in s. 491 of the *ADFPS*.

[102] This view is supported by *Demers v. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 (CanLII), a unanimous judgment of the Quebec Court of Appeal released after it had decided the matter now before us. In *Demers*, Kasirer J.A. explained the differences between s. 482 of the *ADFPS* and true party liability offences this way (paras. 55-56):

[TRANSLATION] It should be noted that according to section 208 [*Securities Act*, R.S.Q., c. V-1.1], an accomplice is guilty of the offence committed by the principal offender “as if he had committed it himself/comme s’il l’avait commise lui-même”. *Section 482 [ADFPS]*, on the other hand, provides that an insurer that acts in the contemplated manner is guilty of “an offence/une infraction” that is distinct from the one committed by the principal offender. Thus, section 208 is merely a mode of participation — *Ms. Demers* was found guilty of contravening section 11 of the SA by application of the rule set out in section 208 — and not a separate “offence”.

It should also be noted that the *Act respecting the distribution of financial products and services* includes a provision — section 491 [*ADFPS*] — that is practically identical to section 208 SA. Like section 208 SA, it defines a mode of participation which renders an accomplice guilty of the same offence as the principal offender “as if the person had committed it himself/comme s’il l’avait commise lui-même”. This section, which parallels section 208 SA, was not raised in *La Souveraine* as a basis for the insurer’s liability. The differences between section 208 SA and section 482 [*ADFPS*] suffice for me to conclude that this Court’s decision in *La Souveraine* cannot serve as a precedent in the case at bar. [Emphasis added.]

[101] Je suis convaincu que la disposition précitée crée une infraction substantielle distincte, plutôt qu’une infraction de responsabilité en tant que participant. De toute évidence, l’assureur reconnu coupable d’avoir enfreint l’art. 482 de la *LDPSF* n’est ni coupable de la même infraction, ni passible de la même peine que le cabinet qu’il a aidé ou amené à enfreindre *une autre disposition de la Loi ou de ses règlements*. La responsabilité en tant que participant est expressément prévue à l’art. 491 de la *LDPSF*.

[102] Cette opinion est appuyée par l’arrêt *Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCA 323 (CanLII), un jugement unanime rendu par la Cour d’appel du Québec postérieurement à son jugement en l’espèce. Dans *Demers*, le juge d’appel Kasirer a expliqué en ces termes ce qui distingue l’infraction visée à l’art. 482 de la *LDPSF* des véritables infractions de responsabilité en tant que participant (par. 55-56) :

On notera que l’article 208 [*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., ch. V-1.1] précise que le complice est coupable de l’infraction commise par l’acteur principal « comme s’il l’avait commise lui-même/as if he had committed it himself ». *En revanche*, l’article 482 [*LDPSF*] prévoit que l’assureur qui se livre au comportement visé est coupable d’« une infraction/an offence », infraction distincte de celle commise par l’acteur principal. L’article 208 est donc un simple mode de participation — *M^{me} Demers* a été déclarée coupable d’avoir enfreint l’article 11 de la *LVM* par le truchement de la règle de l’article 208 — et non d’une « infraction » en elle-même.

Notons, de plus, que la *Loi sur la distribution des produits financiers [sic]* comporte une disposition pratiquement identique à celle prévue à l’article 208 *LVM* — l’article 491 [*LDPSF*]. Comme le fait l’article 208 *LVM*, cet article définit un mode de participation qui rend le complice coupable de la même infraction que le contrevenant principal, « comme s’il l’avait commise lui-même/as if the person had committed it himself ». Ce dernier texte, cousin de l’article 208 *LVM*, n’a nullement été soulevé dans *La Souveraine* pour fonder la responsabilité de l’assureur. Les différences entre l’article 208 *LVM* et l’article 482 [*LDPSF*] suffisent pour conclure que l’arrêt de cette Cour dans *La Souveraine* ne peut servir de précédent dans la présente affaire. [Italiques ajoutés.]

[103] I agree with Justice Kasirer.

[104] Section 491 was adopted in its present form in 2009 (S.Q. 2009, c. 58, s. 85). Had it been in force in 2006, when the proceedings in this case were instituted, it would have been open to the Authority to charge La Souveraine with having participated as a party in the 56 offences under s. 71 of the *ADFPS* committed by Flanders. Only then could La Souveraine, as in *Demers*, properly be convicted “of the same offence as the principal offender ‘as if the person had committed it himself/comme s’il l’avait commise lui-même’” (*Demers*, at para. 56). La Souveraine would in that case have been liable, of course, to the penalty for a violation of s. 71, rather than the much larger mandatory minimum penalty for a violation of s. 482.

[105] But one thing is certain: No such charges could be laid, as they were here, under s. 482. That is precisely why s. 491 was adopted in its present form: Its declared purpose was to provide for party liability — which did not exist under s. 482, nor apparently under any other provision relevant to the present proceedings. This was recognized by the Minister of Finance in 2009, when the amendment to s. 491 of the *ADFPS* was introduced in the National Assembly.

[106] The Minister explained that the amendment [TRANSLATION] “introduces a new section 491 to include complicity among the offences. And the inset also adds that the same applies to a person who, by encouragement or advice or by an order, induces another person to commit an offence” (R. Bachand, *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 41, No. 47, 1st Sess., 39th Leg., November 26, 2009, at p. 21 (emphasis added)).

[107] Here, without the benefit of s. 491, the Authority charged La Souveraine with 56 counts under s. 482 — a substantive offence with a different penalty — and claimed 56 times the

[103] Je partage l’avis du juge Kasirer.

[104] L’article 491 a été adopté dans sa forme actuelle en 2009 (L.Q. 2009, ch. 58, art. 85). S’il avait été en vigueur en 2006, lorsque la poursuite a été intentée dans la présente affaire, il aurait été loisible à l’Autorité d’accuser La Souveraine d’avoir agi en tant que participant aux 56 infractions à l’art. 71 de la *LDPSF* commises par Flanders. Ce n’est que dans une telle situation que La Souveraine aurait pu à juste titre être déclarée coupable, comme l’accusée dans *Demers*, « de la même infraction que le contrevenant principal, “comme [si elle] l’avait commise [elle]-même/as if the person had committed it himself” » (*Demers*, par. 56). La Souveraine aurait alors été passible, évidemment, de la peine applicable en cas de violation de l’art. 71, et non de la peine minimale obligatoire beaucoup plus lourde qu’entraîne la violation de l’art. 482.

[105] Chose certaine : aucune accusation de ce genre ne pouvait être portée, comme ce fut le cas en l’espèce, en vertu de l’art. 482. C’est précisément pour cette raison que l’art. 491 a été adopté dans sa forme actuelle. Il avait pour objet déclaré d’établir l’infraction de responsabilité en tant que participant — responsabilité qui n’était prévue ni par l’art. 482, ni apparemment par quelque autre disposition pertinente dans la présente instance. Le ministre des Finances l’a d’ailleurs reconnu en 2009, quand la modification proposée à l’art. 491 de la *LDPSF* a été déposée à l’Assemblée nationale.

[106] Le ministre a expliqué que la modification « introduit un nouvel article 491 pour ajouter la complicité parmi les infractions. Et [la note] ajoute aussi que la même règle s’applique à celui qui, par des encouragements, des conseils ou des ordres, amène quelqu’un à commettre une infraction » (R. Bachand, *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 41, n° 47, 1^{re} sess., 39^e lég., 26 novembre 2009, p. 21 (italiques ajoutés)).

[107] En l’espèce, alors qu’elle ne disposait pas de l’art. 491, l’Autorité a déposé contre La Souveraine 56 chefs d’accusation en vertu de l’art. 482 — une infraction substantielle passible

mandatory minimum penalty under s. 482 as if La Souveraine, *under that section*, was a party to the offences allegedly committed by Flanders.

[108] In essence, this is how the Authority itself sought at the hearing of the appeal to defend the multiplicity of charges laid against La Souveraine. Replying to questions by the Court, counsel for the Authority submitted that La Souveraine committed an offence under s. 482 of the *ADFPS* by proxy (“*par procuration*”) each time Flanders, its mandatary, committed an offence under some other provision of the Act or regulations (transcript, at pp. 37-40).

[109] As we have seen, however, the first paragraph of s. 482 creates neither a vicarious liability nor a party liability offence. Rather, it creates a discrete substantive offence, of which the gravamen is to help or induce another firm to contravene the Act or regulations.

[110] Under the second paragraph of s. 482, a mandatary of the insurer likewise commits the substantive offence set out in the first paragraph when it (the mandatary) helps or induces another person or firm to contravene the Act or regulations.

[111] Nowhere does s. 482 of the *ADFPS* provide that an insurer or its mandatary is liable for offences committed by the person or firm induced — by either the insurer or its mandatary — to commit them. Insurer and mandatary alike, when they aid or induce another to commit a substantive offence under the *ADFPS*, such as s. 482, may now be prosecuted under s. 491 of the *ADFPS* as parties to that offence. But they are not liable as parties when charged under s. 482, as La Souveraine was in this case.

d’une peine différente — et a réclamé pour chacune des 56 accusations la peine minimale obligatoire prévue à l’égard de l’art. 482, tout comme si La Souveraine était, *sur le fondement de cette disposition*, responsable en tant que participant des infractions reprochées à Flanders.

[108] C’est essentiellement de cette façon que l’Autorité elle-même a tenté, à l’audition du pourvoi, de défendre les multiples accusations déposées contre La Souveraine. En réponse aux questions de la Cour, l’avocat de l’Autorité a avancé que La Souveraine avait commis *par procuration* une infraction prévue à l’art. 482 de la *LDPSF* chaque fois que Flanders, son mandataire, commettait une infraction prévue à quelque autre disposition de la Loi ou de ses règlements (transcription, p. 37-40).

[109] Toutefois, comme nous l’avons vu, le premier paragraphe de l’art. 482 ne crée ni une infraction fondée sur la responsabilité du fait d’autrui, ni une infraction de responsabilité en tant que participant. Il crée plutôt une infraction substantielle distincte, dont l’essentiel consiste pour un assureur à aider ou à amener un autre cabinet à enfreindre la Loi ou ses règlements d’application.

[110] Aux termes du second alinéa de l’art. 482, le mandataire d’un tel assureur commet lui aussi l’infraction substantielle énoncée au premier alinéa s’il aide ou amène une autre personne ou un autre cabinet à enfreindre la Loi ou ses règlements d’application.

[111] L’article 482 de la *LDPSF* n’indique d’aucune façon qu’un assureur ou, selon le cas, son mandataire est responsable des infractions commises par la personne ou le cabinet que l’un ou l’autre a amené à commettre. Tant les assureurs que leurs mandataires, lorsqu’ils aident ou amènent quelqu’un à commettre une infraction substantielle établie par la *LDPSF*, par exemple celle prévue à l’art. 482, peuvent désormais être poursuivis en vertu de l’art. 491 de cette loi en tant que participants à cette infraction. Ils n’engagent cependant pas leur responsabilité en tant que participants lorsqu’ils font l’objet d’accusations fondées sur l’art. 482, comme le fut La Souveraine en l’espèce.

[112] While Flanders issued 56 individual certificates, each signed on behalf of La Souveraine, it hardly follows that Flanders was acting under 56 separate authorizations — the basis of the substantive offence under s. 482 with which La Souveraine was charged. La Souveraine was not charged with an offence under s. 71, nor, as we have seen, could it have been charged as a party to that offence under s. 491. Flanders contravened s. 71 of the *ADFPS* under La Souveraine's single authorization.

[113] The decision to create a discrete substantive offence by enacting s. 482 represents a deliberate legislative choice to which courts must give effect. So, too, must the legislator's choice, long after the present proceedings were instituted, to provide for party liability in s. 491 (see G. Létourneau, *Code de procédure pénale du Québec: annoté* (9th ed. 2011), at pp. 118-19).

[114] On no view of the matter can it be said, as the Authority does here, that an insurer is guilty under s. 482 of offences committed by its mandatary under some other provision of the Act.

III

[115] It is undisputed that Flanders, with the authorization of La Souveraine, renewed the insurance policies of the 56 Quebec merchants located in Alma and elsewhere in Quebec, contrary to s. 71 of the *ADFPS*.

[116] It is also uncontested that the precise location where the authorization was granted is immaterial to the outcome of these proceedings; that this case would in any event fall within the territorial jurisdiction of the Court of Quebec; and that La Souveraine was not misled or prejudiced in its defence or appeal by the locations specified in the complaint.

[112] Bien que Flanders ait délivré 56 certificats individuels, chacun signé pour le compte de La Souveraine, il est loin de s'ensuire que Flanders agissait en vertu de 56 autorisations distinctes — le fondement de l'infraction substantielle prévue par l'art. 482 et dont La Souveraine a été accusée. Cette dernière n'a pas été accusée de l'infraction prévue à l'art. 71 et, comme nous l'avons vu plus tôt, elle n'aurait pas non plus pu être accusée, en vertu de l'art. 491, d'avoir commis cette infraction en tant que participant. Flanders a enfreint l'art. 71 de la *LDPSF* sur la base d'une seule et même autorisation de La Souveraine.

[113] La décision de créer une infraction substantielle distincte en édictant l'art. 482 représente un choix législatif délibéré, auquel les tribunaux doivent donner effet. Il en est de même de la décision qu'a prise le législateur, bien après l'introduction des procédures dans la présente affaire, d'établir une infraction de responsabilité en tant que participants à l'art. 491 (voir G. Létourneau, *Code de procédure pénale du Québec : annoté* (9^e éd. 2011), p. 118-119).

[114] Quel que soit l'angle sous lequel la question est examinée, il est impossible d'affirmer, comme le fait l'Autorité en l'espèce, qu'un assureur est coupable, par application de l'art. 482, des infractions à quelque autre disposition de la Loi que commet son mandataire.

III

[115] Nul ne conteste que Flanders, avec l'autorisation de La Souveraine, a renouvelé les polices d'assurance des 56 marchands québécois établis à Alma et ailleurs au Québec, enfreignant ainsi l'art. 71 de la *LDPSF*.

[116] Personne ne conteste non plus que l'endroit précis où l'autorisation a été accordée n'a aucune pertinence quant à l'issue de la présente instance, que la présente affaire relève en tout état de cause de la compétence territoriale de la Cour du Québec et que les endroits indiqués dans la plainte n'ont pas eu pour effet d'induire La Souveraine en erreur en ce qui concerne sa défense ou son appel ou de lui causer préjudice à cet égard.

[117] No injustice would therefore be occasioned by convicting La Souveraine on the first count as drafted, even if La Souveraine in fact consented or authorized Flanders to contravene the *ADFPS* elsewhere in Quebec.

IV

[118] In the result, as mentioned at the outset, I would allow the appeal in part and substitute a single conviction for the 56 convictions entered at trial and restored by the Court of Appeal (2012 QCCA 13 (CanLII)).

The following are the reasons delivered by

[119] ABELLA J. (dissenting) — I agree with Justice Wagner that s. 482 of *An Act respecting the distribution of financial products and services*, R.S.Q., c. D-9.2, creates a strict liability offence. With great respect, however, in my view the defence of officially induced error should apply and La Souveraine’s appeal allowed.

[120] Strict liability offences exist as an “intermediate category” of offences, between criminal offences which incorporate a *mens rea* element and absolute liability offences, where proof of a proscribed act alone is sufficient for a conviction. The category of strict liability offences was developed by Dickson J. in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, to acknowledge the unique character of public welfare offences, which

evolved in mid-nineteenth century Britain . . . as a means of doing away with the requirement of *mens rea* for petty police offences. The concept was a judicial creation, founded on expediency. That concept is now firmly imbedded in the concrete of Anglo-American and Canadian jurisprudence, its importance heightened

[117] Il n’y aurait donc aucune injustice si La Souveraine était déclarée coupable du premier chef d’accusation, tel qu’il est rédigé, même si elle a effectivement consenti à ce que Flanders enfreigne la *LDPSF* ailleurs au Québec ou qu’elle l’a autorisée à le faire.

IV

[118] Par conséquent, comme je l’ai mentionné au tout début des présents motifs, j’accueillerais le pourvoi en partie et je substituerai une seule déclaration de culpabilité aux 56 qui ont été inscrites à l’issue du procès et rétablies par la Cour d’appel (2012 QCCA 13, [2012] R.J.Q. 111).

Version française des motifs rendus par

[119] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je suis d’accord avec le juge Wagner pour dire que l’art. 482 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2, crée une infraction de responsabilité stricte. Toutefois, avec égards pour l’opinion contraire exprimée par mon collègue, je suis d’avis que la défense d’erreur provoquée par une personne en autorité devrait s’appliquer et que le pourvoi de La Souveraine devrait être accueilli.

[120] Les infractions de responsabilité stricte constituent une « catégorie intermédiaire » d’infractions, qui se situe entre les infractions criminelles — qui exigent la *mens rea* — et les infractions de responsabilité absolue — infractions où la preuve d’un acte prohibé suffit à elle seule pour entraîner une déclaration de culpabilité. La catégorie des infractions de responsabilité stricte a été élaborée par le juge Dickson dans l’arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, pour tenir compte de la nature unique des infractions contre le bien-être public, lesquelles

sont nées en Angleterre au milieu du 19^e siècle [. . .] comme moyens de se débarrasser de la *mens rea* en matière de contraventions de simple police. Le concept était une création judiciaire fondée sur des raisons de commodité. Il est maintenant fermement ancré dans les jurisprudences anglo-américaine et canadienne et son

by the every-increasing complexities of modern society. [p. 1310]

[121] The Court concluded that absent language indicating a different legislative intent, public welfare offences should be construed as strict liability offences. The purpose was to avoid having an individual who is “morally innocent in every sense . . . branded as a malefactor and punished as such”, as occurred in an absolute liability offence (p. 1310). As Dickson J. explained:

Public welfare offences obviously lie in a field of conflicting values. It is essential for society to maintain, through effective enforcement, high standards of public health and safety. Potential victims of those who carry on latently pernicious activities have a strong claim to consideration. On the other hand, there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent. [p. 1310]

[122] As with absolute liability offences, the Crown would still need to prove that the prohibited act was committed, but in strict liability offences it would be open to the accused to establish that “all reasonable care was taken” (p. 1315). Reasonable care was defined as follows:

This involves consideration of what a reasonable man would have done in the circumstances. The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event. [p. 1326]

(See also *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420, at para. 15.)

There were thus two defences to strict liability offences: mistake of fact, and due diligence — taking all reasonable steps to avoid the impugned act.

importance s’est accrue avec la complexité grandissante de la société moderne. [p. 1310]

[121] La Cour a conclu que, en l’absence de termes indiquant une intention différente du législateur, les infractions contre le bien-être public doivent être considérées comme étant des infractions de responsabilité stricte. Cette conclusion avait pour but d’éviter qu’un individu « moralement innocent sous tous rapports [soit] traité de criminel et puni comme tel », comme cela se produisait dans le cas des infractions de responsabilité absolue (p. 1310). Comme l’a expliqué le juge Dickson :

Les infractions contre le bien-être public mettent manifestement en jeu des valeurs contradictoires. Il est essentiel que la société maintienne, par un contrôle efficace, un haut niveau d’hygiène et de sécurité publiques. Il faut sérieusement prendre en considération les victimes potentielles de ceux qui exercent des activités comportant un danger latent. En revanche, on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent. [p. 1310]

[122] Tout comme pour les infractions de responsabilité absolue, le ministère public devait continuer de prouver la perpétration de l’acte prohibé, mais, dans le cas des infractions de responsabilité stricte, il devenait loisible à l’accusé d’établir que « toutes les précautions raisonnables ont été prises » (p. 1315). La notion de diligence raisonnable a été définie ainsi :

Ceci comporte l’examen de ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l’accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s’il avait existé, aurait rendu l’acte ou l’omission innocent, ou si l’accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l’événement en question. [p. 1326]

(Voir également *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420, par. 15.)

Il existait donc deux moyens de défense pouvant être invoqués à l’égard des infractions de responsabilité stricte : l’erreur de fait et la diligence raisonnable — à savoir le fait d’avoir pris toutes les mesures raisonnables pour éviter l’acte reproché.

[123] Since *Sault Ste. Marie*, a new defence to strict liability offences has emerged: officially induced error. It was first recognized by Lamer C.J. in his concurring reasons in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55:

Officially induced error of law exists as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse. . . . [T]he complexity of contemporary regulation makes the assumption that a responsible citizen will have a comprehensive knowledge of the law unreasonable. This complexity, however, does not justify rejecting a rule which encourages a responsible citizenry, encourages government to publicize enactments, and is an essential foundation to the rule of law. Rather, extensive regulation is one motive for creating a limited exception to the rule that *ignorantia juris neminem excusat*. [para. 25]

[124] Lamer C.J. explained the differences between officially induced error and due diligence as follows:

While due diligence *in ascertaining the law* does not excuse, reasonable reliance on official advice which is erroneous will excuse an accused but will not, in my view, negative culpability. There are two important distinctions between these related provisions. First, due diligence, in appropriate circumstances, is a full defence. If successfully raised, the elements of the offence are not completed. Officially induced error, on the other hand, does not negative culpability. Rather it functions like entrapment, as an excuse for an accused whom the Crown has proven to have committed an offence. Second, diligence may be necessary to obtain the advice which grounds an officially induced error. This is so because an accused who seeks to rely on this excuse must have weighed the potential illegality of her actions and made reasonable inquiries. This standard, however, does not convert officially induced error into due diligence. [Emphasis added; para. 22.]

[125] Lamer C.J. set out six criteria for what he called the “excuse” of officially induced error.

[123] Depuis l’arrêt *Sault Ste-Marie*, un nouveau moyen de défense s’est développé en matière d’infractions de responsabilité stricte : l’erreur provoquée par une personne en autorité. Cette défense a été reconnue pour la première fois par le juge en chef Lamer dans ses motifs concordants dans l’arrêt *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55 :

L’erreur de droit provoquée par une personne en autorité existe à titre d’exception à la règle selon laquelle l’ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. [. . .] [L]a complexité des règlements actuels permet de présumer qu’un citoyen responsable ne peut raisonnablement avoir une connaissance approfondie du droit. Toutefois, cette complexité ne justifie pas le rejet d’une règle qui encourage les citoyens à devenir responsables et le gouvernement à rendre publiques les règles de droit, et qui constitue un fondement essentiel de la primauté du droit. La multiplicité des règlements est un motif qui permet de créer une exception limitée à la règle selon laquelle l’ignorance de la loi n’est pas une excuse. [par. 25]

[124] Le juge en chef Lamer a expliqué ainsi les différences entre l’erreur provoquée par une personne en autorité et la diligence raisonnable :

Bien que la diligence raisonnable *exercée pour vérifier le droit* ne constitue pas une excuse, le fondement raisonnable sur un avis officiel qui est erroné excusera l’accusé mais, à mon avis, n’écartera pas la culpabilité. Il existe deux distinctions importantes entre ces dispositions connexes. Premièrement, la diligence raisonnable dans des circonstances appropriées constitue un moyen de défense complet. S’il est soulevé avec succès, les éléments de l’infraction ne sont pas complétés. Par ailleurs, l’erreur provoquée par une personne en autorité n’écartera pas la culpabilité. Elle fonctionne plutôt comme la provocation policière, c’est-à-dire comme une excuse pour un accusé dont la culpabilité a été établie par le ministère public. Deuxièmement, la diligence peut être nécessaire pour obtenir le conseil sur lequel est fondée l’erreur provoquée par une personne en autorité. Il en est ainsi parce qu’un accusé qui cherche à se fonder sur cette excuse doit avoir évalué la possibilité d’illegalité de ses actions et s’être renseigné de façon raisonnable. Toutefois, cette norme ne permet pas de convertir en diligence raisonnable l’erreur provoquée par une personne en autorité. [Italiques ajoutés; par. 22.]

[125] Le juge en chef Lamer a énoncé six critères qui doivent être réunis pour que s’applique

LeBel J. formally endorsed it as a defence in *Lévis*, and characterized the six criteria as being:

- (1) that an error of law or of mixed law and fact was made;
- (2) that the person who committed the act considered the legal consequences of his or her actions;
- (3) that the advice obtained came from an appropriate official;
- (4) that the advice was reasonable;
- (5) that the advice was erroneous; and
- (6) that the person relied on the advice in committing the act. [para. 26]

[126] LeBel J. emphasized that the burden is on the accused to establish not only that the information it obtained was objectively reasonable, but also that reliance on it was reasonable. The reasonableness of the reliance was to be determined by such factors as

the efforts made by the accused to obtain information, the clarity or obscurity of the law, the position and role of the official who gave the information or opinion, and the clarity, definitiveness and reasonableness of the information or opinion [para. 27]

[127] To date, officially induced error has only been used as a defence in circumstances where the official actually gave erroneous information to an accused. It has been seen, in other words, as requiring official conduct of an *active* kind. In my respectful view, however, there is no principled basis for excluding conduct of a more passive character, including silence from an official, which could, in some circumstances, reasonably be relied on as approval, or an “inducement”. This is particularly the case if the silence occurs in a regulatory framework that demonstrably requires a degree of expedition. Punishing a regulated entity who is dependent on the regulator’s timely response, and reasonably relies on its silence, perpetuates the very injustice that led to the development of the

l’« excuse » qu’il a appelée erreur provoquée par une personne en autorité. Dans l’arrêt *Lévis*, le juge LeBel a formellement souscrit à cette excuse comme moyen de défense, et il a décrit ces six critères de la manière suivante :

- (1) la présence d’une erreur de droit ou d’une erreur mixte de droit et de fait;
- (2) la considération par son auteur des conséquences juridiques de l’acte accompli;
- (3) le fait que l’avis obtenu provenait d’une personne compétente en la matière;
- (4) le caractère raisonnable de l’avis;
- (5) le caractère erroné de l’avis reçu;
- (6) l’accomplissement de l’acte sur la base de cet avis. [par. 26]

[126] Le juge LeBel a souligné que l’accusé a l’obligation d’établir non seulement que les renseignements qu’il a obtenus étaient objectivement raisonnables, mais également qu’il était raisonnable de se fier sur ceux-ci. La question de savoir s’il était raisonnable de se fier à ces renseignements doit être décidée en fonction de facteurs tels les suivants :

. . . les efforts faits par le prévenu pour se renseigner, la clarté ou l’obscurité du texte de la loi, le poste et le rôle du fonctionnaire qui a fourni le renseignement ou l’opinion, ainsi que la précision, la fermeté et le caractère raisonnable de ceux-ci . . . [par. 27]

[127] Jusqu’à maintenant, la défense fondée sur l’erreur provoquée par une personne en autorité n’a été invoquée que dans des cas où la personne en autorité a concrètement fourni des renseignements erronés à l’accusé. Autrement dit, on a considéré que ce moyen de défense exigeait une conduite de nature *active* de la part de la personne en autorité. À mon avis toutefois, aucun principe ne justifie d’exclure une conduite de nature plus passive, par exemple le silence d’une personne en autorité. En effet, dans certaines circonstances, un tel silence pourrait raisonnablement être interprété comme une approbation ou une « incitation ». C’est particulièrement le cas si le silence survient dans le contexte d’activités réglementées requérant manifestement célérité. Punir une entité réglementée

strict liability defences in the first place: finding the morally innocent culpable.

[128] Underlying the six elements of the defence of officially induced error is the broad principle that an individual not be held culpable when he or she is induced by an official's conduct into relying on a reasonable but incorrect understanding of the law. The analogous test in cases where official silence is relied on, will amount to determining whether that silence can be construed as an inducement to rely on a reasonable but incorrect understanding of the law. To paraphrase LeBel J. in *Lévis*, it will be necessary to demonstrate not only that the "advice" gleaned from the silence was reasonable, but also that reliance on it was reasonable in the circumstances.

[129] The question, then, in dealing with an official's passive conduct, is whether a reasonable person in the position of the accused would have expected the official to inform it in a timely way that its understanding of the law was incorrect. The responsibilities of the official and the field and complexity of the regulation at issue will be relevant, as will the extent to which the accused could reasonably have expected a timely response in order to carry on its undertakings. If a body charged with supervising a regulatory domain fails inexplicably to respond relatively promptly to an accused's erroneous assertion, it shares the "blame" for the accused's ignorance of the law (*Jorgensen*, at para. 36). In such circumstances, it seems to me to be particularly inappropriate for that very regulatory body to bring charges against an accused who has reasonably relied on its silence.

qui avait besoin d'une réponse en temps utile de la part de l'organisme de réglementation et qui, raisonnablement, s'est fiée au silence de ce dernier, a pour effet de perpétuer l'injustice même qui est à l'origine de la reconnaissance de moyens de défense opposables aux infractions de responsabilité stricte : les déclarations de culpabilité prononcées contre des personnes moralement innocentes.

[128] Les six éléments de la défense fondée sur l'erreur provoquée par une personne en autorité reposent sur le principe général selon lequel un individu ne doit pas être déclaré coupable lorsque la conduite d'une personne en autorité l'a amené à se fonder sur une interprétation raisonnable, mais incorrecte, du droit applicable. L'analyse correspondante dans les cas où l'accusé s'est appuyé sur le silence d'une personne en autorité consiste à se demander si ce silence a eu pour effet d'amener l'accusé à se fonder sur une interprétation raisonnable, mais incorrecte, du droit applicable. Pour paraphraser le juge LeBel dans *Lévis*, il sera nécessaire de démontrer non seulement que l'« avis » inféré du silence était raisonnable, mais aussi qu'il était raisonnable de s'y fier dans les circonstances.

[129] Par conséquent, lorsque le tribunal apprécie la conduite passive d'une personne en autorité, il doit se demander si une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'accusé se serait attendue à ce que la personne en autorité l'informe en temps utile que son interprétation de la loi était incorrecte. Les responsabilités exercées par la personne en autorité ainsi que le domaine et la complexité du règlement en litige devront être examinés, tout comme la mesure dans laquelle l'accusé pouvait raisonnablement s'attendre à recevoir en temps utile une réponse lui permettant d'exercer ses activités. Si une entité chargée de la supervision d'un secteur réglementé omet de manière inexplicable de réagir relativement promptement à une affirmation erronée de l'accusé, elle partage la « responsabilité » à l'égard de l'ignorance de la loi de l'accusé (*Jorgensen*, par. 36). En pareilles circonstances, il me semble particulièrement malvenu pour ce même organisme de réglementation de porter des accusations contre une personne qui s'est raisonnablement fondée sur son silence.

[130] That brings us to the facts of this case. The Autorité des marchés financiers (“AMF”) is the regulatory body responsible for supervising the financial sector in Quebec and regulating the activities of those engaged in business in that sector. Under s. 4(3) of *An Act respecting the Autorité des marchés financiers*, R.S.Q., c. A-33.2, the AMF is charged with the responsibility to

supervise the activities connected with the distribution of financial products and services, administer the rules governing eligibility for and the carrying on of those activities, and take any measure provided by law for those purposes;

It must also

ensure that the financial institutions and other regulated entities of the financial sector comply with . . . the obligations imposed on them by law with a view to protecting the interests of consumers of financial products and services, and take any measure provided by law for those purposes; [s. 4(2)]

Moreover,

[t]he Authority shall also act as an information and reference centre in all fields of the financial sector. [s. 7]

The AMF is thus the expert and administrator of the laws governing the financial sector, including *An Act respecting the distribution of financial products and services*. It is also the designated resource for information about the financial sector that it regulates, a singularly complex regulatory environment.

[131] La Souveraine is an Alberta-based insurance company, registered with the AMF as an insurer in Quebec. It issues insurance certificates through brokers, one of whom was Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd. La Souveraine used Flanders to insure display-floor inventories of recreational products. These inventories were financed by GE Commercial Distribution Finance Canada (“GE”) in what is called

[130] Cela nous amène aux faits de la présente espèce. L’Autorité des marchés financiers (« AMF ») est l’organisme de réglementation chargé de superviser le secteur financier au Québec et de régir les activités des personnes exploitant une entreprise dans ce secteur. Suivant le par. 4(3) de la *Loi sur l’Autorité des marchés financiers*, L.R.Q., ch. A-33.2, l’AMF est chargée des responsabilités suivantes :

. . . assurer l’encadrement des activités de distribution de produits et services financiers en administrant en outre les règles d’admissibilité et d’exercice de ces activités et en prenant toute mesure prévue à la loi à ces fins;

Elle doit également

veiller à ce que les institutions financières et autres intervenants du secteur financier [. . .] se conforment aux obligations que la loi leur impose en vue de protéger les intérêts des consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers et prendre toute mesure prévue à la loi à ces fins; [par. 4(2)]

En outre,

[l]’Autorité agit également à titre de centre de renseignements et de référence dans tous les domaines du secteur financier. [art. 7]

L’AMF est donc l’organisme expert en ce qui concerne les textes de loi qui régissent le secteur financier, notamment la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, et qu’elle est chargée d’administrer. Elle est également la ressource désignée pour fournir l’information au sujet du secteur financier qu’elle régit, un environnement assujéti à une réglementation singulièrement complexe.

[131] Société d’assurance basée en Alberta et inscrite auprès de l’AMF à titre d’assureur au Québec, La Souveraine délivre des certificats d’assurance par l’entremise de courtiers, dont l’un était Flanders Insurance Management and Administrative Services Ltd. Elle avait recours aux services de Flanders pour assurer des inventaires de produits récréatifs. Ces produits, qui étaient financés par GE Financement commercial

“floor plan financing”, and distributed to 56 dealers in Quebec.

[132] The chronology in this case is key. When Flanders became the broker for GE’s inventories, the previous broker, Hayhurst Elias Dudek Inc., complained about Flanders to the regulatory authorities in every province, alleging breaches of the respective provincial statutory scheme. Its complaint to the AMF, dated November 1, 2004, alleged that Flanders was acting as an insurer in Quebec without a licence contrary to s. 71 of *An Act respecting the distribution of financial products and services*.

[133] On April 28, 2005, as a result of the complaint, the AMF’s Deputy Director of Investigations wrote to La Souveraine asking it for documents and information pertaining to the “floor plan” insurance it was providing in Quebec through Flanders. He also directed La Souveraine to send the documents to the investigator in charge of the file.

[134] On June 10, La Souveraine sent the requested documents to the investigator. Its accompanying letter gave a full accounting of its business relationship in Quebec with Flanders. Notably, it also stated that in its view there was no licensing issue, a view, as found by the trial judge, supported by a legal opinion La Souveraine had obtained from Flanders’ lawyers:

As GE-CDF is Flanders’ client, and has its head office in Ontario, there is no licensing issue.

We are aware that a previous broker . . . decided to issue letters of complaint against Flanders to all provincial jurisdictions across the country. We believe that to date

aux détaillants Canada (« GE ») dans le cadre de ce qu’on appelle un « financement de stocks », étaient distribués à 56 concessionnaires au Québec.

[132] La chronologie des événements est un élément essentiel pour bien comprendre la présente espèce. Lorsque Flanders a commencé à agir comme courtier à l’égard des inventaires de GE, l’ancien courtier, Hayhurst Elias Dudek Inc., a déposé auprès des autorités de réglementation de chaque province des plaintes reprochant à Flanders d’avoir contrevenu à leur régime législatif respectif. Dans la plainte datée du 1^{er} novembre 2004 qu’il a adressée à l’AMF, l’ancien courtier prétendait que Flanders agissait à titre de courtier en assurance au Québec sans détenir de permis, en contravention de l’art. 71 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*.

[133] Le 28 avril 2005, par suite de la plainte à l’AMF, le directeur adjoint des enquêtes de cette dernière a écrit à La Souveraine pour lui demander des documents et des renseignements au sujet de l’assurance « financement de stocks » qu’elle offrait au Québec par l’entremise de Flanders. Il a également enjoint à La Souveraine d’envoyer les documents à l’enquêteur responsable du dossier.

[134] Le 10 juin, La Souveraine a envoyé les documents demandés à l’enquêteur. Dans une lettre d’accompagnement, elle décrivait en détail ses rapports commerciaux avec Flanders au Québec. En particulier, elle affirmait que selon elle l’absence de permis ne causait aucun problème, opinion qui, comme l’a constaté le juge du procès, était appuyée par un avis juridique qu’avait obtenu La Souveraine des avocats de Flanders :

[TRADUCTION] Comme GE-FCD est le client de Flanders et que son siège social se trouve en Ontario, il n’existe aucun problème de permis.

Nous savons qu’un ancien courtier [. . .] a décidé de porter plainte contre Flanders dans toutes les provinces du pays. Nous croyons que, à ce jour, la plupart des

most if not all have responded positively to the response given by Flanders through their lawyer.

We trust that the information provided is to your satisfaction and responds to your needs. Should you have any other questions or require further detail please do not hesitate to contact the writer. [A.R., vol. X, at pp. 15-16]

[135] The AMF did not respond. On August 25, Flanders renewed the insurance certificates for the 56 Quebec dealers.

[136] In January 2006, the AMF brought 56 charges against La Souveraine for each of the renewals of insurance that had taken place at the end of August. Each charge was for [TRANSLATION] “consent[ing] and/or authoriz[ing]” a non-licensed entity to issue insurance in Quebec. There was a minimum penalty of \$10,000 for each charge.

[137] I see in these facts all the requisite elements for officially induced error. La Souveraine took reasonable steps to satisfy itself that it was not violating the law. It based its conduct on a legal opinion from Flanders’ lawyers, an opinion it could reasonably have concluded to be reliable based not only on the assumption that a lawyer’s advice can be relied on as accurate, but also on the fact that that advice had proved to be accepted by the other provincial regulatory agencies. La Souveraine was entitled to assume that since Flanders was a national company, its lawyers would take the necessary steps to ensure compliance with respective provincial regulations. The jurisdiction in which the law firm was based is not relevant.

[138] The legal context was far from readily ascertainable. The AMF is responsible for regulating and being a resource for information about a highly complex financial sector. It has a duty to be diligent in performing its statutory role. Most of the entities it regulates require information in a timely way in order to carry on their businesses. This is

provinces, sinon toutes, ont accueilli favorablement la réponse qu’a donnée Flanders par l’entremise de ses avocats.

Nous espérons que les renseignements fournis sauront répondre à vos besoins. Si vous avez d’autres questions ou désirez obtenir des précisions supplémentaires, n’hésitez pas à communiquer avec le soussigné. [d.a., vol. X, p. 15-16]

[135] L’AMF n’a pas répondu. Le 25 août, Flanders a renouvelé les certificats d’assurance des 56 concessionnaires québécois.

[136] En janvier 2006, l’AMF a déposé 56 accusations contre La Souveraine à l’égard des renouvellements survenus à la fin du mois d’août. Chacune des accusations reprochait l’infraction d’avoir « consenti et/ou autorisé » une entité non inscrite à délivrer une police d’assurance au Québec. La peine minimale était de 10 000 \$ pour chaque accusation.

[137] Je vois dans ces faits tous les éléments requis pour l’application de la défense d’erreur provoquée par une personne en autorité. La Souveraine a pris des mesures raisonnables pour s’assurer qu’elle ne contrevenait pas à la loi. Elle a fondé sa conduite sur un avis juridique des avocats de Flanders, avis qu’elle pouvait raisonnablement considérer comme fiable, non seulement parce qu’il est permis de supposer que les conseils donnés par un avocat sont exacts, mais aussi parce que cet avis avait été accepté par les autres organismes provinciaux de réglementation. La Souveraine était justifiée de penser que, du fait que Flanders est une société d’envergure nationale, les avocats de cette dernière font les démarches nécessaires pour veiller au respect de la réglementation applicable dans chaque province. Le ressort dans lequel était établi le cabinet d’avocats en question n’est pas pertinent.

[138] Le contexte juridique était loin d’être facile à déterminer. L’AMF est chargée de réglementer un secteur financier très complexe et d’agir comme source de renseignements à cet égard. Elle a l’obligation de s’acquitter avec diligence du rôle qui lui est conféré par la loi. La plupart des entités qu’elle réglemente ont besoin d’obtenir

certainly true in dealing with insurance, where the consequences of not having coverage can be catastrophic. La Souveraine set out its understanding of the relevant legal requirements and the bases for its understanding in an unambiguous letter to the investigator responsible for the file. Yet rather than respond to La Souveraine's letter, the AMF brought 56 charges 7 months later. As Cournoyer J.A. noted (2012 QCCA 13 (CanLII)):

[TRANSLATION] . . . the AMF acts as an information and reference centre in all areas of the financial industry within the meaning of its constituent legislation. It is therefore not surprising that [La Souveraine's] executives believed that the AMF would answer their questions. It is even possible to imagine that the commission of the offences would have been avoided in this case if it had. [para. 249]

Lamer C.J.'s observation in *Jorgensen* is particularly apt in these circumstances, namely that “[a]s in the case of entrapment . . . the state has done something which disentitles it to a conviction” (para. 37).

[139] In addition, it is worth remembering that the “clarity or obscurity” of the law will be a factor in determining whether reliance on information from an official is reasonable (*Lévis*, at para. 27). The legal question at issue in this case was indisputably complex. As Wagner J. points out, the regulatory body itself had great difficulty determining whether the law was being violated. In fact, there was nothing so demonstrably unreasonable with La Souveraine's asserted understanding of the law that it prompted the investigator responsible for the file to send a corrective response.

l'information requise en temps utile afin de pouvoir exercer leurs activités. C'est certainement vrai dans le domaine des assurances, où les conséquences découlant de l'absence de couverture peuvent être catastrophiques. La Souveraine a exposé son interprétation des exigences légales pertinentes, ainsi que les fondements de cette interprétation, dans une lettre rédigée en termes non ambigus qu'elle a adressée à l'enquêteur responsable du dossier. Malgré cela, au lieu de répondre à la lettre de La Souveraine, l'AMF a plutôt déposé 56 accusations contre celle-ci 7 mois plus tard. Comme l'a souligné le juge Cournoyer (2012 QCCA 13, [2012] R.J.Q. 111) :

. . . l'AMF agit à titre de centre de renseignements et de référence dans tous les domaines du secteur financier au sens de sa loi constitutive. Il n'est pas surprenant que les dirigeants de l'intimée [La Souveraine] aient cru que l'AMF répondrait à leurs questions. On peut même penser que cela aurait pu éviter la commission des infractions en l'espèce. [par. 249]

L'observation suivante du juge en chef Lamer dans *Jorgensen* est particulièrement à propos dans les circonstances : « Comme dans le cas de la provocation policière [. . .] l'État a eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité » (par. 37).

[139] De plus, il convient de rappeler que la « clarté ou l'obscurité » du texte de loi est un facteur à considérer pour décider s'il est raisonnable de se fonder sur les renseignements provenant d'une personne en autorité (*Lévis*, par. 27). La question de droit en litige dans le présent pourvoi était incontestablement complexe. Comme le précise le juge Wagner, l'organisme de réglementation lui-même éprouvait beaucoup de difficulté à déterminer si la loi était enfreinte. En fait, l'interprétation que La Souveraine a dit faire du droit applicable de la loi ne comportait aucun élément manifestement déraisonnable au point d'inciter l'enquêteur responsable du dossier à lui répondre pour corriger cette interprétation.

[140] In these circumstances it seems to me to have been reasonable for La Souveraine to rely on the AMF's conduct — in this case silence — as confirmation that its understanding of the law was correct and as an inducement to conduct itself accordingly and permit Flanders to renew the insurance coverage for the 56 dealers. Had the AMF responded in any way, let alone in a timely one, La Souveraine could have brought itself into conformity with the law. As Martin J. said in the Superior Court (2009 QCCS 4494 (CanLII)):

[The Regulator] ought not to be seen to be lurking in wait in the bushes ready to pounce, so to speak, once it is satisfied that offences have been committed. [para. 12]

[141] I would allow the appeal and stay the proceedings.

Appeal dismissed with costs, LEBEL and FISH JJ. dissenting in part and ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

Solicitors for the respondent: Girard et al., Québec; Lepage Carette, Montréal.

[140] Dans ces circonstances, il me semble qu'il était raisonnable pour La Souveraine de considérer la conduite de l'AMF — en l'occurrence son silence — comme une confirmation que l'interprétation qu'elle faisait du droit applicable était exacte, et comme une invitation à agir sur la foi de cette interprétation et à permettre à Flanders de renouveler la couverture des 56 concessionnaires. Si l'AMF avait répondu d'une quelconque façon, et en temps utile de surcroît, La Souveraine aurait pu se conformer à la loi. Comme l'a affirmé le juge Martin en Cour supérieure (2009 QCCS 4494 (CanLII)) :

[TRADUCTION] [L'organisme de réglementation] ne doit pas donner l'impression qu'il se cache dans les buissons, prêt à bondir, si l'on peut dire, dès qu'il est convaincu que des infractions ont été commises. [par. 12]

[141] J'accueillerais le pourvoi et ordonnerais l'arrêt des procédures.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL et FISH sont dissidents en partie et la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Girard et al., Québec; Lepage Carette, Montréal.

**Katz Group Canada Inc.,
Pharma Plus Drug Marts Ltd. and
Pharmx Rexall Drug Stores Ltd.** *Appellants*

v.

**Minister of Health and Long-Term Care,
Lieutenant Governor-in-Council
of Ontario and Attorney General
of Ontario** *Respondents*

- and -

**Shoppers Drug Mart Inc.,
Shoppers Drug Mart (London)
Limited and Sanis Health Inc.** *Appellants*

v.

**Minister of Health and Long-Term Care,
Lieutenant Governor-in-Council
of Ontario and Attorney General
of Ontario** *Respondents*

**INDEXED AS: KATZ GROUP CANADA INC. v.
ONTARIO (HEALTH AND LONG-TERM CARE)**

2013 SCC 64

File Nos.: 34647, 34649.

2013: May 14; 2013: November 22.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Food and drugs — Regulations — Validity — Province of Ontario enacting Regulations to effectively ban the sale of private label drugs by pharmacies — Purpose of Regulations to reduce drug prices — Whether Regulations are ultra vires on the ground that they are inconsistent with the statutory scheme and mandate — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Reg. 935, s. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, s. 12.0.2.

**Katz Group Canada Inc.,
Pharma Plus Drug Marts Ltd. et
Pharmx Rexall Drug Stores Ltd.** *Appelantes*

c.

**Ministre de la Santé et
des Soins de longue durée,
Lieutenant-gouverneur en
conseil de l'Ontario et procureur
général de l'Ontario** *Intimés*

- et -

**Shoppers Drug Mart Inc.,
Shoppers Drug Mart (London)
Limited et Sanis Health Inc.** *Appelantes*

c.

**Ministre de la Santé et
des Soins de longue durée,
Lieutenant-gouverneur en
conseil de l'Ontario et procureur
général de l'Ontario** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : KATZ GROUP CANADA INC. c.
ONTARIO (SANTÉ ET SOINS DE LONGUE DURÉE)**

2013 CSC 64

N^{os} du greffe : 34647, 34649.

2013 : 14 mai; 2013 : 22 novembre.

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

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

Aliments et drogues — Règlements — Validité — Adoption, par la province de l'Ontario, de règlements ayant pour effet d'interdire effectivement la vente, par les pharmacies, de médicaments sous marque de distributeur — Règlements ayant pour objectif de réduire les prix des médicaments — Les règlements sont-ils ultra vires au motif qu'ils sont incompatibles avec l'objet et le mandat de la loi? — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Règl. 935, art. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, art. 12.0.2.

For decades, Ontario has been involved in an ongoing struggle to control rising drug costs. Generic drugs have been a key part of the strategy for dealing with this problem. Persistent market practices, however, have kept generic prices high. In Ontario, the result has been an episodic and totemic tug-of-war between regulators and those engaged in the manufacture, distribution and sale of generic drugs.

In 1985, two complementary and intersecting statutes were introduced together to address the problem of rising drug prices for consumers: the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* and the *Ontario Drug Benefit Act*. The *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* empowers the Ministry to designate a cheaper generic drug as “interchangeable” with a more expensive brand-name drug. Pharmacists must dispense the cheaper interchangeable generic to customers unless the prescribing physician specifies “no substitution” or the customer agrees to pay the extra cost of the brand name. This statute also limits the dispensing fees that pharmacies can charge private customers.

The *Ontario Drug Benefit Act* governs the Ontario Drug Benefit Program whereby the province reimburses pharmacies when they dispense prescription drugs at no charge to “eligible persons” — primarily seniors and persons on social assistance. All drugs for which Ontario will provide reimbursement, along with the price that Ontario will pay for them, are listed in the Formulary. When a pharmacy dispenses a listed drug to an eligible person, the *Ontario Drug Benefit Act* requires Ontario to reimburse the pharmacy for an amount based on the Formulary price of the drug plus a prescribed mark-up and prescribed dispensing fee. This legislative scheme effectively creates two markets in Ontario for brand name and generic drugs. The private market consists of individuals buying drugs at their own expense or for reimbursement by private drug insurance plans. The “public market” is the government-funded Ontario Drug Benefit Program. Generic drugs reach consumers in Ontario’s private and public markets through a supply chain that involves several participants regulated at the federal level, the provincial level, or both. They are: fabricators, who make the generic drugs; manufacturers, who sell generic drugs under their own name to wholesalers or directly to pharmacies; wholesalers, who buy drugs from manufacturers to distribute to pharmacies; and

Depuis des décennies, l’Ontario lutte constamment en vue de contrôler la hausse des prix des médicaments. Les médicaments génériques ont constitué un élément clé de la stratégie visant à contrer ce problème. Des pratiques commerciales persistantes ont toutefois maintenu à des niveaux élevés les prix des médicaments génériques. En Ontario, on a ainsi assisté à des affrontements épisodiques et totémiques entre les organismes de réglementation et les entreprises chargées de la fabrication, de la distribution et de la vente des médicaments génériques.

En 1985, deux lois qui se complètent et se recoupent ont été adoptées ensemble afin de remédier au problème de la hausse des prix des médicaments pour les consommateurs : la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* et la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*. La *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* habilite le ministère à désigner un médicament générique moins coûteux comme étant « interchangeable » avec un médicament de marque plus coûteux. Les pharmaciens doivent délivrer aux clients le produit générique interchangeable moins coûteux à moins que le médecin qui prescrit n’indique « pas de remplacement » ou que le client accepte de payer le coût plus élevé du médicament de marque. La loi limite également les honoraires de préparation que les pharmacies peuvent demander à leurs clients privés.

La *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* régit le Programme de médicaments de l’Ontario, par lequel la province rembourse les pharmacies qui délivrent sans frais des médicaments sur ordonnance à des « personnes admissibles » — essentiellement les personnes âgées et les prestataires de l’aide sociale. Le Formulaire des médicaments énumère tous les médicaments remboursables par l’Ontario et indique les prix que la province paye pour ces médicaments. Lorsqu’une pharmacie délivre à une personne admissible un médicament énuméré, la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* oblige la province à rembourser à cette pharmacie un montant calculé en fonction du prix du médicament prévu au Formulaire des médicaments, auquel s’ajoutent une majoration prescrite ainsi que les honoraires de préparation prescrits. Ce régime législatif a pour effet de créer en Ontario deux marchés pour les médicaments de marque et les médicaments génériques. Le marché privé est composé de particuliers qui achètent des médicaments à leurs frais ou se font rembourser par leur régime d’assurance-médicaments privé. Le « marché public » correspond au Programme de médicaments de l’Ontario financé par le gouvernement ontarien. Les médicaments génériques sont dispensés aux consommateurs ontariens sur le marché public et sur le

pharmacies, who buy drugs from wholesalers or manufacturers and dispense them to their customers.

Before 2006, the price at which manufacturers could apply to list generic drugs in the Formulary was capped by regulations under the two statutes. In order to be competitive, manufacturers would, however, give pharmacies a substantial rebate to induce them to buy their products. The price that manufacturers charged — and customers paid — was thereby artificially increased to the extent of the rebates. In 2006, in order to stop this inflationary effect on generic drug prices, the two statutes and the Regulations under them were amended to prohibit rebates. The expected savings did not occur and manufacturers continued to charge high prices for generic drugs. Instead of the rebates, manufacturers were now paying pharmacies \$800 million annually in professional allowances. Amendments were therefore introduced in 2010 eliminating the “professional allowances” exception.

The Regulations to the two statutes were also amended to prevent pharmacies from controlling manufacturers who sell generic drugs under their own name but do not fabricate them. This was done by creating a category designated as “private label products”, which includes products sold but not fabricated by a manufacturer which does not have an arm’s length relationship with drug wholesalers or pharmacies. Under the Regulations, private label products cannot be listed in the Formulary or designated as interchangeable.

Sanis Health Inc., a subsidiary of Shoppers Drug Mart, was incorporated by Shoppers for the purpose of buying generic drugs from third party fabricators and selling them under the Sanis label in Shoppers Drug Mart stores. Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Marts Ltd. and Pharmx Rexall Drug Stores Ltd. also operate pharmacies

marché privé au moyen d’une chaîne d’approvisionnement qui fait intervenir plusieurs participants assujettis à la réglementation fédérale et à la réglementation provinciale, ou à l’une ou l’autre. Il s’agit des participants suivants : les manufacturiers, qui fabriquent les médicaments génériques; les fabricants, qui vendent des médicaments génériques en leur propre nom à des grossistes ou directement aux pharmacies; les grossistes, qui achètent des médicaments aux fabricants en vue de leur distribution aux pharmacies; et les pharmacies, qui achètent les médicaments aux grossistes ou aux fabricants et les délivrent à leurs clients.

Avant 2006, le prix auquel les fabricants pouvaient demander que leurs médicaments génériques soient énumérés au Formulaire des médicaments était plafonné par les règlements d’application des deux lois. Pour être concurrentiels, les fabricants consentaient toutefois aux pharmacies des rabais substantiels pour les inciter à acheter leurs produits. Le prix que les fabricants demandaient — et que les clients payaient — était par conséquent artificiellement augmenté dans la même proportion que ces rabais. Pour stopper cette inflation des prix des médicaments génériques, les deux lois et leurs règlements d’application ont été modifiés en 2006 afin d’interdire les rabais. Les économies prévues ne se sont pas matérialisées et les fabricants ont continué à demander des prix élevés pour les médicaments génériques. Au lieu d’accorder des rabais, les fabricants payaient désormais aux pharmacies 800 millions de dollars par année en remises aux professionnels. Des modifications ont donc été introduites en 2010 pour supprimer l’exception relative aux « remises aux professionnels ».

Les règlements d’application des deux lois ont également été modifiés pour empêcher les pharmacies de contrôler les fabricants qui vendent des médicaments génériques en leur propre nom sans les fabriquer eux-mêmes. Le législateur a créé à cette fin une catégorie appelée « produits sous marque de distributeur » qui englobe les produits vendus mais non fabriqués par un fabricant qui a un lien de dépendance avec des grossistes ou des pharmacies. Aux termes des règlements, les produits sous marque de distributeur ne peuvent être énumérés au Formulaire des médicaments ni être désignés comme étant interchangeables.

Sanis Health Inc., une filiale de Shoppers Drug Mart, a été constituée en personne morale par Shoppers en vue d’acheter des médicaments génériques de manufacturiers tiers et de les vendre sous la marque Sanis dans les magasins Shoppers Drug Mart. Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Marts Ltd. et Pharmx Rexall

in Ontario and, like Shoppers, have taken steps to set up their own “private label” manufacturer. In 2010, Sanis applied to list several generic drugs in the Formulary and have them designated as “interchangeable”. Its application was rejected, however, because those generic drugs were “private label products”. Shoppers and Katz challenged the Regulations that banned the sale of private label products as being *ultra vires* on the grounds that they were inconsistent with the purpose and mandate of the statutes. The challenge succeeded in the Divisional Court. The Court of Appeal reversed the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

A successful challenge to the *vires* of Regulations requires that they be shown to be inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate. Regulations benefit from a presumption of validity. This presumption has two aspects: it places the burden on challengers to demonstrate the invalidity of regulations rather than on regulatory bodies to justify them; and it favours an interpretative approach that reconciles the regulation with its enabling statute so that, where possible, the regulation is construed in a manner which renders it *intra vires*. Both the challenged regulation and the enabling statute should be interpreted using a broad and generous approach consistent with this Court’s approach to statutory interpretation generally. This inquiry does not involve assessing the policy merits of the Regulations to determine whether they are necessary, wise or effective in practice. Nor is it an inquiry into the underlying political, economic, social or partisan considerations.

In this case, the original legislative intent animating the two statutes was to control the cost of prescription drugs in Ontario without compromising safety. As the legislative history shows, attempts were made to promote transparent pricing and eliminate price inflation along the drug supply chain, all in pursuit of the ultimate objective of lowering drug costs. The purpose of the 2010 Regulations banning private label products was to prevent another possible mechanism for circumventing the ban on the rebates that had kept drug prices inflated. If pharmacies were permitted to create their own affiliated manufacturers whom they controlled, they would be

Drug Stores Ltd. exploitent elles aussi des pharmacies en Ontario et, à l’instar de Shoppers, ont entrepris des démarches en vue d’établir leur propre fabricant de médicaments génériques « sous marque de distributeur ». En 2010, Sanis a demandé que plusieurs médicaments génériques soient énumérés au Formulaire des médicaments et qu’ils soient désignés comme « interchangeables ». Sa demande a toutefois été rejetée parce que ces médicaments génériques étaient des « produits sous marque de distributeur ». Shoppers et Katz ont contesté les règlements interdisant la vente de produits sous marque de distributeur, les qualifiant d’*ultra vires* au motif qu’ils étaient incompatibles avec l’objet et le mandat de la loi. Elles ont obtenu gain de cause devant la Cour divisionnaire. La Cour d’appel a infirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour contester avec succès la validité d’un règlement, il faut démontrer qu’il est incompatible avec l’objectif de sa loi habilitante ou avec le cadre du mandat prévu par la Loi. Les règlements jouissent d’une présomption de validité. Cette présomption comporte deux aspects : elle impose à celui qui conteste le règlement le fardeau de démontrer que celui-ci est invalide, plutôt que d’obliger l’organisme de réglementation à en justifier la validité; ensuite, la présomption favorise une méthode d’interprétation qui concilie le règlement avec sa loi habilitante de sorte que, dans la mesure du possible, le règlement puisse être interprété d’une manière qui le rend *intra vires*. Il convient de donner au règlement contesté et à sa loi habilitante une interprétation téléologique large compatible avec l’approche générale adoptée par la Cour en matière d’interprétation législative. Cette analyse ne comporte pas l’examen du bien-fondé du règlement pour déterminer s’il est nécessaire, sage et efficace dans la pratique. L’analyse ne s’attache pas aux considérations sous-jacentes d’ordre politique, économique ou social ni à la recherche, par les gouvernements, de leur propre intérêt.

En l’espèce, l’intention du législateur à l’origine des deux lois était de contrôler le coût des médicaments délivrés sur ordonnance en Ontario sans en compromettre l’innocuité. Comme le démontre l’historique législatif, on a tenté de promouvoir des méthodes de fixation des prix transparentes et de contrer la flambée des prix le long de la chaîne d’approvisionnement des médicaments, le tout en vue d’atteindre l’objectif ultime de réduire le coût des médicaments. Les règlements de 2010 interdisant les produits sous marque de distributeur visaient à empêcher un autre mécanisme susceptible de contourner l’interdiction des rabais qui maintenaient les prix des médicaments

directly involved in setting the Formulary prices and have strong incentives to keep those prices high.

The 2010 private label Regulations contribute to the legislative pursuit of transparent drug pricing. They fit into this strategy by ensuring that pharmacies make money exclusively from providing professional health care services, instead of sharing in the revenues of drug manufacturers by setting up their own private label subsidiaries. The Regulations were therefore consistent with the statutory purpose of reducing drug costs.

Cases Cited

Referred to: *Waddell v. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285; *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595; *Ontario Federation of Anglers & Hunters v. Ontario (Ministry of Natural Resources)* (2002), 211 D.L.R. (4th) 741; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; *Alaska Trainship Corp. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; *Re Doctors Hospital and Minister of Health* (1976), 12 O.R. (2d) 164; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Municipal Corporation of City of Toronto v. Virgo*, [1896] A.C. 88; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90.

Statutes and Regulations Cited

Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act, R.S.O. 1990, c. P.23, ss. 12.1, 14(1), (8).
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.
Legislation Act, 2006, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, ss. 64, 82.
 O. Reg. 201/96, ss. 1, 1(6) [rep. & sub. O. Reg. 220/10, s. 1(1)], 12.0.2(1), (2) "private label product" [ad. O. Reg. 220/10, s. 3].
Ontario Drug Benefit Act, R.S.O. 1990, c. O.10, ss. 0.1, 1(1), 1.2(2)(a), 1.3, 11.5, 18(1), (6).
 R.R.O. 1990, Reg. 935, ss. 2, 9(1), (2) "private label product" [ad. O. Reg. 221/10, s. 5].
Transparent Drug System for Patients Act, 2006, S.O. 2006, c. 14.

élevés. Si l'on permettait aux pharmacies de créer leurs propres fabricants affiliés et de les contrôler, elles participeraient directement à la fixation des prix affichés au Formulaire des médicaments, ce qui les inciterait fortement à maintenir des prix élevés.

Les règlements de 2010 relatifs aux produits sous marque de distributeur contribuent à l'atteinte de l'objectif législatif de transparence du prix des médicaments. Ils s'inscrivent dans cette stratégie en assurant que les pharmacies tirent leurs revenus exclusivement de la prestation de services professionnels de santé plutôt que de la part des revenus des fabricants qu'elles touchent en mettant sur pied des filiales qui offrent des médicaments sous leur propre marque. Les règlements étaient par conséquent conformes à l'objectif législatif consistant à réduire les prix des médicaments.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Waddell c. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285; *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595; *Ontario Federation of Anglers & Hunters c. Ontario (Ministry of Natural Resources)* (2002), 211 D.L.R. (4th) 741; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2; *Alaska Trainship Corp. c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; *Re Doctors Hospital and Minister of Health* (1976), 12 O.R. (2d) 164; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Municipal Corporation of City of Toronto c. Virgo*, [1896] A.C. 88; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

Lois et règlements cités

Loi de 2006 sur la législation, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64, 82.
Loi de 2006 sur un régime de médicaments transparent pour les patients, L.O. 2006, ch. 14.
Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation, L.R.O. 1990, ch. P.23, art. 12.1, 14(1), (8).
Loi sur le régime de médicaments de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.10, art. 0.1, 1(1), 1.2(2)(a), 1.3, 11.5, 18(1), (6).
 O. Reg. 201/96, art. 1, 1(6) [abr. & rempl. O. Reg. 220/10, art. 1(1)], 12.0.2(1), (2) « private label product » [aj. O. Reg. 220/10, art. 3].
 R.R.O. 1990, règl. 935, art. 2, 9(1), (2) « private label product » [aj. O. Reg. 221/10, art. 5].
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.

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: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).
- Canada. Competition Bureau. *Benefiting from Generic Drug Competition in Canada: The Way Forward*. Ottawa: The Bureau, 2008 (online: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03026.html>).
- Canadian Institute for Health Information. *National Health Expenditure Trends, 1975 to 2012*. Ottawa: The Institute, 2012 (online: https://secure.cihi.ca/free_products/NHEXTrendsReport2012EN.pdf).
- Keyes, John Mark. *Executive Legislation*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Ontario. Legislative Assembly. *Hansard — Official Report of Debates*, No. 41, 1st Sess., 33rd Parl., November 7, 1985, p. 1446.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, Nos. 13, 19 and 23, 2nd Sess., 39th Parl., April 12, 21 and 28, 2010.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. *Health at a Glance 2009: OECD Indicators*. Paris: OECD, 2009 (online: http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2009_health_glance-2009-en).
- Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Epstein and Karakatsanis JJ.A.), 2011 ONCA 830, 109 O.R. (3d) 279, 286 O.A.C. 68, 345 D.L.R. (4th) 277, 37 Admin. L.R. (5th) 101, [2011] O.J. No. 5894 (QL), 2011 CarswellOnt 14816, setting aside a decision of Whalen, Molloy and Swinton JJ., 2011 ONSC 615, [2011] O.J. No. 480 (QL), 2011 CarswellOnt 720. Appeal dismissed.

Terrence J. O'Sullivan and M. Paul Michell, for the appellants Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Marts Ltd. and Pharmx Rexall Drug Stores Ltd.

Mahmud Jamal, Craig T. Lockwood, Eric Morgan and W. David Rankin, for the appellants Shoppers Drug Mart Inc., Shoppers Drug Mart (London) Limited and Sanis Health Inc.

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: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).
- Canada. Bureau de la concurrence. *Pour une concurrence avantageuse des médicaments génériques au Canada : Préparons l'avenir*. Ottawa: Le Bureau, 2008 (en ligne: <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03026.html>).
- Institut canadien d'information sur la santé. *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975 à 2012*. Ottawa: ICIS, 2012 (en ligne: https://secure.cihi.ca/free_products/NHEXTrendsReport2012FR.pdf).
- Keyes, John Mark. *Executive Legislation*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Ontario. Assemblée législative. *Hansard — Official Report of Debates*, No. 41, 1st Sess., 33rd Parl., November 7, 1985, p. 1446.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, n^{os} 13, 19 et 23, 2^e sess., 39^e lég., 12, 21 et 28 avril 2010.
- Organisation de coopération et de développement économiques. *Panorama de la santé 2009 : Les indicateurs de l'OCDE*. Paris: OCDE, 2009 (en ligne: http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/panorama-de-la-sante-2009_health_glance-2009-fr).
- Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Epstein et Karakatsanis), 2011 ONCA 830, 109 O.R. (3d) 279, 286 O.A.C. 68, 345 D.L.R. (4th) 277, 37 Admin. L.R. (5th) 101, [2011] O.J. No. 5894 (QL), 2011 CarswellOnt 14816, qui a infirmé une décision des juges Whalen, Molloy et Swinton, 2011 ONSC 615, [2011] O.J. No. 480 (QL), 2011 CarswellOnt 720. Pourvoi rejeté.

Terrence J. O'Sullivan et M. Paul Michell, pour les appelantes Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Marts Ltd. et Pharmx Rexall Drug Stores Ltd.

Mahmud Jamal, Craig T. Lockwood, Eric Morgan et W. David Rankin, pour les appelantes Shoppers Drug Mart Inc., Shoppers Drug Mart (London) Limited et Sanis Health Inc.

Lise G. Favreau, Kim Twohig and Kristin Smith,
for the respondents.

Lise G. Favreau, Kim Twohig et Kristin Smith,
pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] ABELLA J. — Canada spends more on prescription drugs per capita than almost all members of the Organisation for Economic Co-operation and Development.¹ Prescription drugs are the second largest area of health care spending.² Drug costs accounted for approximately 9.5% of government health care expenses in 1985. By 2010, that number had risen to 15.9%.³

[1] LA JUGE ABELLA — Le Canada dépense davantage par habitant pour les médicaments délivrés sur ordonnance que presque tous les autres pays membres de l'Organisation de coopération et de développements économiques¹. Les produits pharmaceutiques vendus sur ordonnance sont, en importance, la deuxième composante du coût des soins de santé². En 1985, le coût des médicaments représentait environ 9,5 p. 100 du total des dépenses de santé du gouvernement. En 2010, cette proportion avait grimpé à 15,9 p. 100³.

[2] A key part of the strategy for controlling drug costs has been to replace brand-name drugs with generic drugs, in the expectation that generic drugs would be significantly cheaper. Those expectations were, however, challenged by persistent market practices that kept generic prices high. In Ontario, the result has been an episodic tug-of-war between regulators and those engaged in the manufacture, distribution and sale of generic drugs. This appeal arises out of one of those regulatory episodes.

[2] Un élément clé de la stratégie de contrôle du coût des médicaments a consisté à remplacer les médicaments de marque par des médicaments génériques dans l'espoir que ces derniers soient beaucoup moins coûteux. Ces espoirs se sont toutefois estompés en raison de pratiques commerciales persistantes qui ont maintenu les prix des médicaments génériques à des niveaux élevés. En Ontario, on a ainsi assisté à des affrontements épisodiques entre les organismes de réglementation et les entreprises chargées de la fabrication, de la distribution et de la vente des médicaments génériques. Le présent pourvoi découle de l'un de ces épisodes conflictuels en matière de réglementation.

Background

[3] The sale and pricing of generic drugs is provincially regulated. In Ontario, two complementary and intersecting statutes were introduced together in 1985 to address the problem of rising drug prices: the *Drug Interchangeability and*

Contexte

[3] La vente et la fixation des prix des médicaments génériques sont réglementées par les provinces. En Ontario, deux lois qui se complètent et se recoupent ont été adoptées ensemble en 1985 afin de remédier au problème de la hausse des prix

1 *Health at a Glance 2009: OECD Indicators* (2009) (online), at p. 167.

2 Competition Bureau of Canada, *Benefiting from Generic Drug Competition in Canada: The Way Forward* (2008) (online), at p. 7.

3 Canadian Institute for Health Information, *National Health Expenditure Trends, 1975 to 2012* (2012), at p. 21.

1 *Panorama de la santé 2009 : Les indicateurs de l'OCDE* (2009) (en ligne), p. 167.

2 Bureau de la concurrence du Canada, *Pour une concurrence avantageuse des médicaments génériques au Canada : Préparons l'avenir* (2008) (en ligne), p. 7.

3 Institut canadien d'information sur la santé, *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975 à 2012* (2012), p. 23.

Dispensing Fee Act, R.S.O. 1990, c. P.23, and the *Ontario Drug Benefit Act*, R.S.O. 1990, c. O.10 (“Acts”).

[4] The *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* ensures that patients in Ontario receive generic drugs rather than equivalent but more expensive brand-name drugs. It does so by empowering the Executive Officer of the Ministry of Health and Long-Term Care to designate a generic drug as “interchangeable” with a brand-name drug. Pharmacists must dispense the cheaper interchangeable generic to customers unless the prescribing physician specifies “no substitution” or the customer agrees to pay the extra cost of the brand-name. The *Act* also limits the dispensing fees that pharmacies can charge private customers.

[5] The *Ontario Drug Benefit Act* governs the Ontario Drug Benefit Program, whereby the province reimburses pharmacies when they dispense prescription drugs at no charge to “eligible persons” — primarily seniors and persons on social assistance. The list of all drugs for which Ontario will provide reimbursement, along with the price that Ontario will pay for them, is called the Formulary. The Executive Officer is responsible for listing drugs in the Formulary and setting their price by agreement with the drugs’ manufacturers. When a pharmacy dispenses a listed drug to an eligible person, the *Ontario Drug Benefit Act* requires Ontario to reimburse the pharmacy for an amount based on the Formulary price of the drug plus a prescribed mark-up and prescribed dispensing fee.

[6] This legislative scheme effectively creates two markets in Ontario for brand-name and generic drugs. The “private market” consists of individuals buying drugs at their own expense or for reimbursement by private drug insurance plans. This market

des médicaments : la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*, L.R.O. 1990, ch. P.23, et la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.10 (« *Lois* »).

[4] La *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* fait en sorte que les patients ontariens reçoivent des médicaments génériques à la place de médicaments de marque, équivalents mais plus coûteux. À cette fin, cette loi habilite l’administrateur du ministère de la Santé et des Soins de longue durée à désigner un médicament générique comme étant « interchangeable » avec un médicament de marque. Les pharmaciens doivent préparer et délivrer aux clients le produit générique interchangeable moins coûteux, à moins que le médecin qui prescrit n’indique « pas de remplacement » ou que le client accepte de payer le coût plus élevé du médicament de marque. La *Loi* limite également les honoraires de préparation que les pharmacies peuvent demander à leurs clients privés.

[5] La *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* régit le Programme de médicaments de l’Ontario, par lequel la province rembourse les pharmacies qui préparent et délivrent sans frais des médicaments sur ordonnance à des « personnes admissibles » — essentiellement les personnes âgées et les prestataires de l’aide sociale. Le Formulaire des médicaments énumère tous les médicaments remboursables par l’Ontario et indique les prix que la province paye pour ces médicaments. L’administrateur est chargé d’énumérer les médicaments au Formulaire des médicaments et d’en fixer les prix avec l’accord des fabricants des médicaments. Lorsqu’une pharmacie délivre à une personne admissible un médicament énuméré, la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* oblige la province à rembourser à cette pharmacie un montant calculé en fonction du prix du médicament prévu au Formulaire des médicaments, auquel s’ajoutent une majoration prescrite ainsi que les honoraires de préparation prescrits.

[6] Ce régime législatif a pour effet de créer en Ontario deux marchés pour les médicaments de marque et les médicaments génériques. Le « marché privé » est composé de particuliers qui achètent des médicaments à leurs frais ou se font rembourser

includes employer benefit plans, which in 2010 provided drug coverage for 8.6 million Ontario employees and their families at a cost of \$4 billion to employers. Generic drugs, in order to be in the private market, must receive Health Canada approval for safety and effectiveness, and must be designated as “interchangeable” by Ontario’s Executive Officer.

[7] The “public market” is the government-funded Ontario Drug Benefit Program. To be in this market, generic drugs must be approved by Health Canada, designated by Ontario as interchangeable, *and* listed in the province’s Formulary. In 2010, the Ontario Drug Benefit Program provided drug coverage for 2.5 million people for the purchase of 3,300 drugs listed in the Formulary at a cost of \$3.7 billion.

[8] Generic drugs reach consumers in Ontario’s private and public markets through a supply chain that involves several participants regulated at the federal level, the provincial level, or both. They are:

- Fabricators, who make the generic drugs. Fabricators are licensed federally under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.
- Manufacturers, who are licensed under the federal *Food and Drug Regulations* to sell generic drugs under their own name to wholesalers or directly to pharmacies. Manufacturers are responsible for regulatory compliance: having the drug approved by Health Canada, and having it designated as interchangeable and listed in the Formulary. A manufacturer can either make drugs itself, in which case it is also

par leur régime d’assurance-médicaments privé. Ce marché englobe les régimes d’avantages sociaux des employeurs qui, en 2010, permettaient à 8,6 millions d’employés ontariens et aux membres de leur famille de bénéficier d’une assurance-médicaments, au coût de quatre milliards de dollars pour les employeurs. Les médicaments génériques peuvent se retrouver sur le marché privé s’ils ont reçu l’approbation de Santé Canada quant à leur innocuité et leur efficacité et si l’administrateur ontarien les a désignés comme étant « interchangeables ».

[7] Le « marché public » correspond au Programme de médicaments de l’Ontario financé par le gouvernement ontarien. Les médicaments génériques accessibles sur ce marché doivent être approuvés par Santé Canada, être désignés par l’Ontario comme étant des médicaments interchangeables *et* être énumérés au Formulaire des médicaments de la province. En 2010, le Programme de médicaments de l’Ontario offrait une assurance-médicaments à 2,5 millions de personnes pour l’achat de 3 300 médicaments énumérés au Formulaire des médicaments, au coût de 3,7 milliards de dollars.

[8] Les médicaments génériques sont offerts aux consommateurs ontariens sur le marché public et sur le marché privé au moyen d’une chaîne d’approvisionnement qui fait intervenir plusieurs participants assujettis à la réglementation fédérale et à la réglementation provinciale, ou à l’une ou l’autre. Il s’agit des participants suivants :

- Les manufacturiers, qui fabriquent les médicaments génériques. Le gouvernement fédéral leur délivre des licences en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.
- Les fabricants, qui sont autorisés en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues* à vendre des médicaments génériques en leur propre nom à des grossistes ou directement aux pharmacies. Les fabricants sont chargés de faire respecter la réglementation en faisant approuver les médicaments par Santé Canada, en les faisant désigner comme interchangeables et en les faisant énumérer au Formulaire des médicaments.

regulated as a fabricator, or it can buy the drugs from a fabricator. The price at which manufacturers sell the drugs to wholesalers or pharmacies is regulated under the *Ontario Drug Benefit Act* and the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*. The price at which manufacturers buy drugs from fabricators is not regulated.

- Wholesalers, who are licensed under the federal *Food and Drug Regulations* to buy drugs from manufacturers to distribute to pharmacies. The prices at which wholesalers buy and sell drugs are regulated under the *Ontario Acts*. Their role is not implicated in the particular issue before this Court.
- Pharmacies, who buy drugs from wholesalers or manufacturers and dispense them to their customers. The term is used in these reasons to refer to pharmacy operators and to companies that own, operate or control pharmacies. The prices at which pharmacies buy drugs and dispense them to customers are regulated under the *Ontario Acts*.

[9] The *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* and the *Ontario Drug Benefit Act* give the Lieutenant Governor in Council the authority to make regulations, including the authority to prescribe the conditions drugs must meet in order to be sold in Ontario. Ontario has used that regulatory authority to impose price controls along the drug supply chain.

[10] Prior to 2006, the price at which manufacturers could apply to list generic drugs in the Formulary was capped by regulations under the *Acts* at effectively 63% of the price of the brand-name drug. Pharmacies would buy drugs from manufacturers

Un fabricant peut soit fabriquer les médicaments lui-même, auquel cas il est également assujéti à la réglementation en tant que manufacturier, soit les acheter à un manufacturier. Les prix auxquels les fabricants vendent les médicaments aux grossistes ou aux pharmacies sont réglementés par la *Loi sur le régime de médicaments de l'Ontario* et la *Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*. Les prix auxquels les fabricants achètent des médicaments aux manufacturiers ne sont pas réglementés.

- Les grossistes, qui sont autorisés aux termes du *Règlement sur les aliments et drogues* fédéral à acheter des médicaments aux fabricants en vue de leur distribution aux pharmacies. Les prix auxquels les grossistes achètent et vendent des médicaments sont réglementés par les *Lois* ontariennes. Leur rôle n'est pas en jeu dans la question en litige soumise à notre Cour.
- Les pharmacies, qui achètent les médicaments aux grossistes ou aux fabricants et les délivrent à leurs clients. Ce terme s'entend, dans les présents motifs, des exploitants de pharmacies et des sociétés qui possèdent, exploitent ou contrôlent des pharmacies. Les prix que les pharmacies paient pour acheter des médicaments et pour les délivrer à leurs clients sont réglementés par les *Lois* ontariennes.

[9] La *Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* et la *Loi sur le régime de médicaments de l'Ontario* confèrent au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements, et notamment celui de préciser les conditions que les médicaments doivent respecter pour qu'ils puissent être vendus en Ontario. L'Ontario a utilisé ce pouvoir de réglementation pour imposer des mesures de contrôle des prix dans la chaîne d'approvisionnement des médicaments.

[10] Avant 2006, le prix auquel les fabricants pouvaient demander que leurs médicaments génériques soient énumérés au Formulaire des médicaments était plafonné par les règlements d'application des *Lois* à 63 p. 100 du prix demandé pour les médicaments de

at the Formulary price, and dispense them to customers at the Formulary price, plus regulated mark-ups and dispensing fees. In order to be competitive, manufacturers would, however, give pharmacies a substantial rebate so that they would buy their products. The price that manufacturers charged — and customers paid — was thereby artificially increased to the extent of the rebates. The rebates were up to \$600-800 million annually, and were said to account for 40% of the price manufacturers charged for drugs.

[11] In order to stop this inflationary effect on generic drug prices, in 2006, the *Ontario Drug Benefit Act*, the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*, and the Regulations under them were amended to prohibit rebates.⁴ The amendments were introduced as the *Transparent Drug System for Patients Act, 2006*, S.O. 2006, c. 14. They also added a “Principles” clause to the *Ontario Drug Benefit Act*,⁵ which stated that the public drug system “aims to operate *transparently* to the extent possible for all persons with an interest in the system, including . . . consumers, *manufacturers*, wholesalers and *pharmacies*” and “aims to consistently achieve value-for-money and ensure the best use of resources at every level of the system”.

[12] The legislature sought to terminate one major source of revenue for pharmacies — payments from drug manufacturers — and replace it with government reimbursement for providing professional health care services. The amendments made the reimbursement of pharmacies for professional services a function of the Executive

marque. Les pharmacies achetaient les médicaments aux fabricants au prix prévu au Formulaire des médicaments et les vendaient à leurs clients au prix indiqué au Formulaire des médicaments, majoré d’un supplément et des honoraires de préparation prescrits. Pour être concurrentiels, les fabricants consentaient toutefois aux pharmacies des rabais substantiels pour les inciter à acheter leurs produits. Le prix que les fabricants demandaient — et que les clients payaient — était par conséquent artificiellement augmenté dans la même proportion que ces rabais. Ces rabais représentaient entre 600 et 800 millions de dollars par année et auraient représenté environ 40 p. 100 du prix que les fabricants demandaient pour leurs médicaments.

[11] Pour stopper cette inflation des prix des médicaments génériques, la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*, la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* et leurs règlements d’application ont été modifiés en 2006 afin d’interdire les rabais⁴. Ces modifications ont été apportées par l’adoption de la *Loi de 2006 sur un régime de médicaments transparent pour les patients*, L.O. 2006, ch. 14. Elles ont aussi inséré dans la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*⁵ une disposition relative aux « principes » affirmant que le régime public de médicaments « vise dans la mesure du possible *la transparence* envers les personnes qui ont un intérêt dans le régime, notamment [. . .] les consommateurs, *les fabricants*, les grossistes et *les pharmacies* » et qu’il « vise à réaliser constamment l’optimisation des ressources et leur meilleur emploi possible à chaque niveau ».

[12] Le législateur cherchait à tarir une source importante de revenus pour les pharmacies — les sommes versées par les fabricants de médicaments — et à y substituer les sommes que le gouvernement remboursait pour la prestation de services professionnels de santé. Les modifications ont confié à l’administrateur le paiement aux pharmacies

4 *Ontario Drug Benefit Act*, s. 11.5, and O. Reg. 201/96, s. 1; *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*, s. 12.1, and R.R.O. 1990, Reg. 935, s. 2.

5 *Ontario Drug Benefit Act*, s. 0.1.

4 *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*, art. 11.5, et O. Reg. 201/96, art. 1; *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*, art. 12.1, et R.R.O. 1990, Règl. 935, art. 2.

5 *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*, art. 0.1

Officer, established a Pharmacy Council to advise the Minister primarily on this issue, and created a new regulation-making power allowing the Lieutenant Governor in Council to govern all aspects of professional services. Ontario also increased the prescribed dispensing fees in the public market.

[13] In the expectation that the elimination of rebates would lead manufacturers to lower their prices, the Ontario government also reduced the price cap imposed by the Regulations to 50% in the public market and removed the cap entirely in the private market. Manufacturers could, however, give pharmacies “professional allowances” for direct patient care programs.

[14] But the expected savings did not occur and manufacturers continued to charge high prices for generic drugs. Ontario’s Ministry of Health and Long-Term Care found in 2007 that some of the leading generic drugs were three times more expensive in Ontario than in France, Germany and the United Kingdom, five times more expensive than in the United States, and twenty-two times more expensive than in New Zealand. In fact, as a Competition Bureau Report concluded, new generic drugs were entering the uncapped private market at a price higher than the previous cap of 63% (*Benefiting from Generic Drug Competition in Canada: The Way Forward* (2008), at p. 10).

[15] In addition, instead of the rebates, manufacturers were now paying pharmacies \$800 million annually in professional allowances. As a result, the professional allowance exception was identified as yet another inflationary loophole. Audits of 206 pharmacies showed that all of them were in violation of the rules pertaining to professional allowances, and 70% of the funds provided by manufacturers on this basis went towards higher salaries and store profits, instead of being used for patient care. The then Minister of Health,

des services professionnels qu’ils dispensent, elles ont établi un Conseil des pharmaciens chargé de conseiller le ministre principalement sur cette question et ont instauré un nouveau pouvoir de réglementation permettant au lieutenant-gouverneur en conseil de régir tous les aspects de la prestation des services professionnels. L’Ontario a également augmenté les honoraires de préparation des médicaments vendus sur le marché public.

[13] Dans l’espoir que la suppression des rabais incite les fabricants à diminuer leurs prix, le gouvernement ontarien a également ramené le plafond des prix imposés par le règlement à 50 p. 100 dans le cas du marché public et a supprimé entièrement le plafond dans le cas du marché privé. Les fabricants pouvaient toutefois accorder aux pharmacies des « remises aux professionnels » dans le cas de programmes de soins directs aux patients.

[14] Mais les économies prévues ne se sont pas matérialisées et les fabricants ont continué à demander des prix élevés pour les médicaments génériques. Le ministre ontarien de la Santé et des Soins de longue durée a constaté en 2007 que certains des médicaments génériques les plus en demande coûtaient trois fois plus cher en Ontario qu’en France, en Allemagne et au Royaume-Uni, cinq fois plus cher qu’aux États-Unis et vingt-deux fois plus cher qu’en Nouvelle-Zélande. En fait, un rapport publié par le Bureau de la concurrence a conclu que les nouveaux médicaments génériques se vendaient sur le marché privé à des prix plus élevés qu’à leurs prix antérieurs plafonnés à 63 p. 100 (*Pour une concurrence avantageuse des médicaments génériques au Canada : Préparons l’avenir* (2008), p. 12).

[15] De plus, au lieu d’accorder des rabais, les fabricants payaient désormais aux pharmacies 800 millions de dollars par année en remises aux professionnels. On a donc constaté que l’exception relative aux remises aux professionnels constituait une autre faille qui avait pour effet de gonfler les prix. Des vérifications effectuées auprès de 206 pharmacies ont permis de constater que la totalité d’entre elles contrevenaient aux règles relatives aux remises aux professionnels et que 70 p. 100 des sommes fournies par les fabricants à ce chapitre

the Hon. Deborah Matthews, concluded that the continuing payments by drug manufacturers to pharmacies were the major reason Ontario still had inflated generic drug prices relative to comparable countries. In her view, drug prices could be cut by 50% if the payments were eliminated (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, Nos. 13, 19 and 23, 2nd Sess., 39th Parl., April 12, 21 and 28, 2010).

[16] Amendments were therefore introduced in 2010 to both *Acts* and to the Regulations, eliminating the “professional allowances” exception. Together with the 2006 ban on rebates, this prevented manufacturers from giving pharmacies any benefits for purchasing their drugs other than small prescribed discounts. At the same time, Ontario reduced the price cap imposed by the Regulations to 25% in the public market and reintroduced the price cap in the private market. Ontario also amended the Regulations to provide more reimbursement to pharmacies for professional services by further increasing the prescribed dispensing fees in the public market, and by directing the Executive Officer to pay an additional service fee on most claims in the public market until March 31, 2013 in “recognition of the transition to a pharmacy reimbursement model aimed at supporting professional services” (O. Reg. 220/10, s. 1(1)). The government also allocated \$100 million in funding for the development of professional services by pharmacies.

[17] The Regulations to the *Ontario Drug Benefit Act*⁶ and the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*⁷ were also amended to prevent pharmacies from controlling manufacturers who sell generic drugs under their own name but do not

servaient à payer des salaires plus élevés et à gonfler les profits des entreprises au lieu de bénéficier aux patients. La ministre de la Santé et des Soins de longue durée de l'époque, M^{me} Deborah Matthews, a conclu que les prix des médicaments génériques étaient toujours aussi élevés en Ontario par rapport à des pays semblables parce que les fabricants de médicaments continuaient à faire ce genre de paiement aux pharmacies. À son avis, les prix des médicaments pouvaient être réduits de 50 p. 100 si ces paiements étaient supprimés (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, n^{os} 13, 19 et 23, 2^e sess., 39^e lég., 12, 21 et 28 avril 2010).

[16] Par conséquent, des modifications apportées en 2010 aux deux *Lois* et à leurs règlements d'application ont supprimé l'exception relative aux « remises aux professionnels ». En plus de l'interdiction de 2006 relative aux rabais, cette mesure a eu pour effet d'empêcher les fabricants d'accorder aux pharmacies quelque avantage que ce soit en contrepartie de l'achat de leurs médicaments, si ce n'est de modestes rabais autorisés par les règlements. En même temps, l'Ontario a ramené à 25 p. 100 le plafond des prix imposé par règlement dans le cas du marché public et a réintroduit le plafond des prix dans le cas du marché privé. L'Ontario a également modifié les règlements pour accorder un remboursement plus élevé aux pharmacies au titre des services professionnels en augmentant les honoraires de préparation prescrits à l'égard du marché public et en obligeant l'administrateur à payer, jusqu'au 31 mars 2013, des honoraires de services additionnels pour la plupart des demandes présentées sur le marché public [TRADUCTION] « compte tenu de la transition vers un modèle de remboursement des pharmacies visant à appuyer les services professionnels » (Règl. de l'Ont. 220/10, par. 1(1)). Le gouvernement a également alloué un financement de 100 millions de dollars pour le développement des services professionnels par les pharmacies.

[17] Les règlements d'application de la *Loi sur le régime de médicaments de l'Ontario*⁶ et de la *Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*⁷ ont également été modifiés pour empêcher les pharmacies de contrôler les fabricants qui

6 O. Reg. 201/96.

7 R.R.O. 1990, Reg. 935.

6 O. Reg. 201/96.

7 R.R.O. 1990, Règl. 935.

fabricate them. This was done by creating a category designated as “private label products”, which were defined in both sets of Regulations as follows:

“private label product” includes a drug product in respect of which,

- (a) the manufacturer applying for the designation of the product as a listed drug product does not directly fabricate the product itself, and,
 - (i) is not controlled by a person that directly fabricates the product, or
 - (ii) does not control the person that directly fabricates the product, and
- (b) either,
 - (i) the manufacturer does not have an arm’s-length relationship with a wholesaler, an operator of a pharmacy or a company that owns, operates or franchises pharmacies, or
 - (ii) the product is to be supplied under a marketing arrangement associating the product with a wholesaler or one or more operators of pharmacies or companies that own, operate or franchise pharmacies.

(O. Reg. 220/10, s. 3; O. Reg. 221/10, s. 5)

[18] Private label products cannot be listed in the Formulary⁸ or designated as interchangeable.⁹ These restrictions essentially ban the sale of private label drugs in the private and public markets in Ontario and are at the heart of this appeal.

[19] Sanis Health Inc., a subsidiary of the Canadian public company Shoppers Drug Mart Corp., is a manufacturer of private label products. It was incorporated by Shoppers for the purpose of buying generic drugs from third party fabricators and selling them under the Sanis label in Shoppers

⁸ *Ontario Drug Benefit Act* Regulation, O. Reg. 201/96, s. 12.0.2(1).

⁹ *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* Regulation, R.R.O. 1990, Reg. 935, s. 9(1).

vendent des médicaments génériques en leur propre nom sans les fabriquer eux-mêmes. Le législateur a créé à cette fin une catégorie appelée « produits sous marque de distributeur », une expression définie comme suit dans les deux règlements :

[TRADUCTION] « produit sous marque de distributeur » S’entend notamment d’un produit médicamenteux à l’égard duquel les conditions suivantes sont réunies :

- (a) le fabricant qui demande que le produit soit désigné comme un produit médicamenteux énuméré ne fabrique pas directement le produit lui-même, et
 - (i) il n’est pas contrôlé par une personne qui fabrique directement le produit, ou
 - (ii) il ne contrôle pas la personne qui fabrique directement le produit, et
- (b) soit que
 - (i) le fabricant a un lien de dépendance avec un grossiste, un exploitant d’une pharmacie ou une société qui possède, exploite ou franchise des pharmacies, ou
 - (ii) le produit doit être offert aux termes d’une entente de commercialisation associant le produit à un grossiste ou à un ou plusieurs exploitants de pharmacies ou sociétés qui possèdent, exploitent ou franchisent des pharmacies.

(O. Reg. 220/10, art. 3; O. Reg. 221/10, art. 5)

[18] Les produits sous marque de distributeur ne peuvent être énumérés au Formulaire des médicaments⁸ ni être désignés comme étant interchangeables⁹. Ces restrictions ont essentiellement pour effet d’interdire la vente de produits sous marque de distributeur sur le marché privé et le marché public en Ontario, et elles sont au cœur du présent pourvoi.

[19] Sanis Health Inc., une filiale de la société publique canadienne Shoppers Drug Mart Corp., est un fabricant de produits sous marque de distributeur. Elle a été constituée en personne morale par Shoppers en vue d’acheter des médicaments génériques de manufacturiers tiers et de les vendre

⁸ *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*, O. Reg. 201/96, par. 12.0.2(1).

⁹ *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*, R.R.O. 1990, Règl. 935, par. 9(1).

Drug Mart stores. Sanis entered into cross-licensing and fabrication agreements with Cobalt Pharmaceuticals Inc. and Mylan Pharmaceuticals ULC, two manufacturers which currently fabricate generic drugs and sell them in Ontario. Pursuant to these arrangements, Sanis would rely on Cobalt and Mylan to fabricate generic drugs for it and would piggy-back onto their regulatory submissions as manufacturers to obtain its own Health Canada approval.

[20] In 2010, Sanis applied to the Executive Officer to list several generic drugs in the Formulary and have them designated as interchangeable. The Executive Officer rejected its application for the following reasons:

As you may be aware, the ministry recently posted a notice of proposed regulations on April 8, 2010 to amend the regulations under the [*Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*] and the [*Ontario Drug Benefit Act*]. These regulations propose that it is a condition of being designated under the [*Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*] that a product is not a private label product, and it is a condition of a product being a listed drug product under the [*Ontario Drug Benefit Act*] that it not be a private label product. These regulations will come into effect on July 1, 2010.

It seems to me that [Sanis' products] would be "private label products" as defined in the regulations. Sanis does not directly fabricate the Products and it does not have an arm's length relationship with a company that owns, operates or franchises pharmacies.

The purpose of the regulations is to prevent a pharmacy-controlled or related entity purchasing drug products from a person that actually makes the product at lower prices than the drug benefit price on the ODB Formulary without providing any price reduction to patients, insurers, employers, the Government of Ontario, or other payors.

The government's amendments to Ontario's drug regulations seek to encourage manufacturers to provide

sous la marque Sanis dans les magasins Shoppers Drug Mart. Elle a conclu des ententes de fabrication et d'échange de licences avec Cobalt Pharmaceuticals Inc. et Mylan Pharmaceuticals ULC, deux entreprises qui fabriquent présentement des médicaments génériques et les vendent en Ontario. Aux termes de ces ententes, Sanis s'en remet à Cobalt et à Mylan pour fabriquer des médicaments génériques en son nom et se sert des présentations réglementaires qu'elles ont déposées comme fabricants pour obtenir sa propre approbation de Santé Canada.

[20] En 2010, Sanis a demandé à l'administrateur d'énumérer au Formulaire des médicaments plusieurs médicaments génériques et de les faire désigner comme interchangeables. L'administrateur a refusé sa demande pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION] Vous savez peut-être que le Ministère a récemment annoncé, le 8 avril 2010, un projet de règlement visant à modifier les règlements d'application de la [*Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*] et de la [*Loi sur le régime de médicaments de l'Ontario*]. Ces règlements proposent comme condition préalable à sa désignation sous le régime de la [*Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*] qu'un produit ne soit pas un produit sous marque de distributeur, et comme condition préalable à sa désignation comme produit médicamenteux énuméré au sens de la [*Loi sur le régime de médicaments de l'Ontario*] qu'il ne soit pas un produit sous marque de distributeur. Ces règlements entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

Il me semble que [les produits de Sanis] seraient des « produits sous marque de distributeur » au sens de ces règlements. Sanis ne fabrique pas directement les produits et elle a un lien de dépendance avec une compagnie qui est propriétaire, exploitant ou franchiseur de pharmacies.

Les règlements en question ont pour objet d'empêcher une entité contrôlée par une société pharmaceutique ou par une entité connexe d'acheter des produits médicamenteux d'une personne qui fabrique effectivement le produit à un prix inférieur au prix au titre du régime de médicaments indiqué dans le Formulaire des médicaments de l'Ontario sans accorder de réduction de prix aux patients, aux assureurs, aux employeurs, au gouvernement de l'Ontario ou à tout autre payeur.

Les modifications que le gouvernement propose d'apporter aux règlements ontariens relatifs aux

lower prices to Ontario patients. With private label products, the price reductions that Sanis presumably enjoys would not be passed onto end-payors such as government, insurers and patients. Instead, it seems that profits would be retained within pharmacy-controlled organizations without benefiting consumers. While that would not be a “rebate” as defined in the legislation, it is a similar problem that the provisions against rebates seek to prevent. Further, there is a concern that Shoppers Drug Mart pharmacies could have an interest in dispensing [Sanis products] in preference to others, which raises the potential for a conflict of interest.

As a result, I do not intend to designate the Products as interchangeable under the [*Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*] or as listed drug products under the [*Ontario Drug Benefit Act*].

[21] Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Marts Ltd. and Pharmx Rexall Drug Stores Ltd. operate the Pharma Plus and Rexall pharmacies in Ontario and, like Shoppers, have taken steps to set up their own private label manufacturer. They have indicated that they intend to follow the same general business model as Sanis.

[22] Shoppers and Katz challenged the private label regulations as being *ultra vires* on the grounds that they were inconsistent with the statutory purpose and mandate. They succeeded in the Divisional Court, where Molloy J. concluded that the private label regulations were neither consistent with the purposes of the *Ontario Drug Benefit Act* and the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*, nor authorised by the regulation-making provisions. This decision was reversed in the Court of Appeal, where a majority (MacPherson and Karakatsanis JJ.A.) found that the private label regulations were *intra vires*.

[23] I agree with MacPherson and Karakatsanis JJ.A. and would dismiss the appeal.

médicaments visent à inciter les fabricants à offrir des prix moins élevés aux patients ontariens. Dans le cas des produits sous marque de distributeur, les réductions de prix dont Sanis bénéficierait vraisemblablement ne seraient pas transmises à ceux qui les payent en bout de ligne comme le gouvernement, les assureurs et les patients. Il semble plutôt que les entreprises contrôlées par les pharmacies conserveraient les profits sans en faire bénéficier les consommateurs. Même s’il ne s’agirait pas d’un « rabais » au sens de la loi, le problème ressemble à celui que les dispositions interdisant les rabais visent à éviter. De plus, il y a lieu de craindre qu’il soit dans l’intérêt des pharmacies de la chaîne Shoppers Drug Mart de vendre [les produits Sanis] de préférence à tout autre, ce qui soulève la possibilité d’un conflit d’intérêts.

Par conséquent, je n’ai pas l’intention de désigner les produits comme des produits interchangeables au sens de la [*Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*] ou comme des produits médicamenteux énumérés au sens de la [*Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*].

[21] Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Marts Ltd. et Pharmx Rexall Drug Stores Ltd. exploitent les pharmacies Pharma Plus et Rexall en Ontario et, à l’instar de Shoppers, ont entrepris des démarches en vue d’établir leur propre fabricant de médicaments génériques sous marque de distributeur. Elles ont indiqué avoir l’intention de suivre le même modèle d’entreprise que celui de Sanis.

[22] Shoppers et Katz ont contesté les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur, les qualifiant d’*ultra vires* au motif qu’ils étaient incompatibles avec l’objet et le mandat de la loi. Elles ont obtenu gain de cause devant la Cour divisionnaire, où la juge Molloy a conclu que les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur n’étaient pas compatibles avec l’objet de la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* et de la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* et qu’ils n’étaient pas autorisés par les dispositions de ces lois relatives à la prise de règlements. Cette décision a été infirmée par la Cour d’appel, qui a jugé à la majorité (les juges MacPherson et Karakatsanis) que les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur étaient *intra vires*.

[23] Je suis d’accord avec les juges MacPherson et Karakatsanis et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Analysis

[24] A successful challenge to the *vires* of regulations requires that they be shown to be inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate (Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2008), at p. 132). This was succinctly explained by Lysyk J.:

In determining whether impugned subordinate legislation has been enacted in conformity with the terms of the parent statutory provision, it is essential to ascertain the scope of the mandate conferred by Parliament, having regard to the purpose(s) or objects(s) of the enactment as a whole. The test of conformity with the Act is not satisfied merely by showing that the delegate stayed within the literal (and often broad) terminology of the enabling provision when making subordinate legislation. The power-conferring language must be taken to be qualified by the overriding requirement that the subordinate legislation accord with the purposes and objects of the parent enactment read as a whole.

(*Waddell v. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266, at p. 292)

[25] Regulations benefit from a presumption of validity (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 458). This presumption has two aspects: it places the burden on challengers to demonstrate the invalidity of regulations, rather than on regulatory bodies to justify them (John Mark Keyes, *Executive Legislation* (2nd ed. 2010), at pp. 544-50); and it favours an interpretative approach that reconciles the regulation with its enabling statute so that, *where possible*, the regulation is construed in a manner which renders it *intra vires* (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3 (loose-leaf), at 15:3200 and 15:3230).

[26] Both the challenged regulation and the enabling statute should be interpreted using a “broad and purposive approach . . . consistent with this Court’s approach to statutory interpretation generally” (*United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at para. 8; see also Brown and Evans, at 13:1310; Keyes, at pp. 95-97; *Glykis v.*

Analyse

[24] Pour contester avec succès la validité d’un règlement, il faut démontrer qu’il est incompatible avec l’objectif de sa loi habilitante ou encore qu’il déborde le cadre du mandat prévu par la Loi (Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2008), p. 132). Ainsi que le juge Lysyk l’a expliqué de manière succincte :

[TRADUCTION] Pour déterminer si le texte législatif subordonné contesté est conforme aux exigences de la loi habilitante, il est essentiel de cerner la portée du mandat conféré par le législateur en ce qui a trait à l’intention ou à l’objet de la loi dans son ensemble. Le simple fait de démontrer que le délégué a respecté littéralement le libellé (souvent vague) de la loi habilitante lorsqu’il a pris le texte législatif subordonné n’est pas suffisant pour satisfaire au critère de la conformité à la loi. Le libellé de la disposition habilitante doit être interprété comme comportant l’exigence primordiale selon laquelle le texte législatif subordonné doit respecter l’intention et l’objet de la loi habilitante prise dans son ensemble.

(*Waddell c. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266, p. 292)

[25] Les règlements jouissent d’une présomption de validité (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 458). Cette présomption comporte deux aspects : elle impose à celui qui conteste le règlement le fardeau de démontrer que celui-ci est invalide, plutôt que d’obliger l’organisme réglementaire à en justifier la validité (John Mark Keyes, *Executive Legislation* (2^e éd. 2010), p. 544-550); ensuite, la présomption favorise une méthode d’interprétation qui concilie le règlement avec sa loi habilitante de sorte que, *dans la mesure du possible*, le règlement puisse être interprété d’une manière qui le rend *intra vires* (Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3 (feuilles mobiles), 15:3200 et 15:3230).

[26] Il convient de donner au règlement contesté et à sa loi habilitante une « interprétation téléologique large [. . .] compatible avec l’approche générale adoptée par la Cour en matière d’interprétation législative » (*United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 8; voir également Brown et Evans, 13:1310; Keyes, p. 95-97; *Glykis c.*

Hydro-Québec, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285, at para. 5; Sullivan, at p. 368; *Legislation Act, 2006*, S.O. 2006, c. 21, Sch. F, s. 64).

[27] This inquiry does not involve assessing the policy merits of the regulations to determine whether they are “necessary, wise, or effective in practice” (*Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), at p. 604). As explained in *Ontario Federation of Anglers & Hunters v. Ontario (Ministry of Natural Resources)* (2002), 211 D.L.R. (4th) 741 (Ont. C.A.):

... the judicial review of regulations, as opposed to administrative decisions, is usually restricted to the grounds that they are inconsistent with the purpose of the statute or that some condition precedent in the statute has not been observed. The motives for their promulgation are irrelevant. [para. 41]

[28] It is not an inquiry into the underlying “political, economic, social or partisan considerations” (*Thorne’s Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at pp. 112-13). Nor does the *vires* of regulations hinge on whether, in the court’s view, they will actually succeed at achieving the statutory objectives (*CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2, at p. 12; see also *Jafari*, at p. 602; Keyes, at p. 266). They must be “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the statutory purpose to be found to be *ultra vires* on the basis of inconsistency with statutory purpose (*Alaska Trainship Corp. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; *Re Doctors Hospital and Minister of Health* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (Div. Ct.); *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 280; *Jafari*, at p. 604; Brown and Evans, at 15:3261). In effect, although it is possible to strike down regulations as *ultra vires* on this basis, as Dickson J. observed, “it would take an egregious case to warrant such action” (*Thorne’s Hardware*, at p. 111).

[29] The grants of authority relevant to the private label regulations are, under the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*:

Hydro-Québec, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285, par. 5; Sullivan, p. 368; *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, ch. 21, ann. F, art. 64).

[27] Cette analyse ne comporte pas l’examen du bien-fondé du règlement pour déterminer s’il est « nécessaire, sage et efficace dans la pratique » (*Jafari c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), p. 604). Comme le tribunal l’a expliqué dans l’arrêt *Ontario Federation of Anglers & Hunters c. Ontario (Ministry of Natural Resources)* (2002), 211 D.L.R. (4th) 741 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] ... le contrôle judiciaire des règlements, contrairement à celui des décisions administratives, se limite normalement à la question de leur incompatibilité avec l’objet de la loi ou à l’inobservation d’une condition préalable prévue par la loi. Les raisons qui ont motivé la prise du règlement ne sont pas pertinentes. [par. 41]

[28] L’analyse ne s’attache pas aux considérations sous-jacentes « d’ordre politique, économique ou social [ni à la recherche, par les gouvernements, de] leur propre intérêt » (*Thorne’s Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, p. 113). La validité d’un règlement ne dépend pas non plus de la question de savoir si, de l’avis du tribunal, il permettra effectivement d’atteindre les objectifs visés par la loi (*CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, p. 12; voir également *Jafari*, p. 602; Keyes, p. 266). Pour qu’il puisse être déclaré *ultra vires* pour cause d’incompatibilité avec l’objet de la loi, le règlement doit reposer sur des considérations « sans importance », doit être « non pertinent » ou être « complètement étranger » à l’objet de la loi (*Alaska Trainship Corp. c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; *Re Doctors Hospital and Minister of Health* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (Cour div.); *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 280; *Jafari*, p. 604; Brown et Evans, 15:3261). En réalité, bien qu’il soit possible de déclarer un règlement *ultra vires* pour cette raison, comme le juge Dickson l’a fait observer, « seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure » (*Thorne’s Hardware*, p. 111).

[29] Les dispositions de la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* qui confèrent le pouvoir de prendre des règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur sont formulées comme suit :

14. – (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

- (a) prescribing conditions to be met by products or by manufacturers of products in order to be designated as interchangeable with other products;
- (b) prescribing conditions to be met for a product to continue to be designated as interchangeable;

Under the *Ontario Drug Benefit Act*, they are:

18. – (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

-
- (b) prescribing conditions to be met for a drug product to be designated as a listed drug product;¹⁰
- (b.1) prescribing conditions to be met for a listed drug product to continue to be designated as a listed drug product;
-
- (m) respecting any matter considered necessary or advisable to carry out the intent and purposes of this Act.

[30] To start the analysis, we must determine the purposes of the enabling statutes.

[31] The original legislative intent animating the two *Acts* was to combat high drug prices caused by manufacturers quoting artificially high Formulary prices while providing hidden discounts to pharmacies. When the statutes were first introduced in 1985, the then Minister of Health, the Hon. Murray J. Elston, explained that they were intended to address the problem of “unrealistic” drug pricing:

¹⁰ A “listed drug product” is a drug listed in the Formulary by the Executive Officer (ss. 1(1), 1.2(2)(a) and 1.3).

14 (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) prescrire les conditions auxquelles doivent répondre les produits ou les fabricants de produits pour que ces produits puissent être désignés comme étant interchangeables avec d’autres produits;
- b) prescrire les conditions auxquelles il doit être satisfait pour qu’un produit continue d’être désigné comme étant interchangeable;

La *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* prévoit ce qui suit :

18 (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement :

-
- b) prescrire les conditions auxquelles il doit être satisfait pour qu’un produit médicamenteux soit désigné comme produit médicamenteux énuméré¹⁰;
- b.1) prescrire les conditions auxquelles il doit être satisfait pour qu’un produit médicamenteux énuméré continue d’être désigné comme produit médicamenteux énuméré;
-
- m) traiter de toute question qu’il considère utile ou nécessaire pour réaliser l’objet de la présente loi.

[30] Au début de l’analyse, il nous faut préciser en quoi consistent les objectifs visés par les lois habilitantes.

[31] L’intention du législateur à l’origine des deux *Lois* était de lutter contre les prix élevés des médicaments du fait que les fabricants affichaient au Formulaire des médicaments des prix artificiellement élevés tout en accordant des rabais cachés aux pharmacies. Lorsque les projets de loi ont été présentés pour la première fois en 1985, le ministre de la Santé de l’époque, M. Murray J. Elston, a expliqué qu’ils visaient à s’attaquer au problème des prix [TRADUCTION] « irréalistes » des médicaments :

¹⁰ Un « produit médicamenteux énuméré » est un médicament énuméré dans le Formulaire des médicaments par l’administrateur (par. 1(1), al. 1.2(2)a) et art. 1.3).

[The] formulary . . . lists the prices at which government will reimburse pharmacies for drugs dispensed under the program. These formulary prices are based on quotes received from drug manufacturers. They are not set by government.

Some manufacturers realized that by quoting artificially high prices for the formulary, prices higher than what pharmacies were actually paying for drugs, there was an incentive for pharmacies to purchase their products. Government reimbursements for drugs dispensed under the ODB are, as a result, higher than the cost of many drugs to pharmacies.

It can be easily seen how this resulted in excess costs to the Ontario drug benefit plan. This practice of price spreading, and the fact that it was allowed to continue for so long by the previous government, represents an unnecessary burden on all Ontario taxpayers.

. . . since the Ontario Drug Benefit Formulary is used as a pricing guide for prescription drug sales in the cash market, its artificially high prices have resulted in excess costs for cash customers and for those on other drug plans as well. [Emphasis added.]

(Legislative Assembly, *Hansard – Official Report of Debates*, No. 41, 1st Sess., 33rd Parl., November 7, 1985, p. 1446)

[32] In other words, the overarching purpose of the statutory scheme is, as Molloy J. explained, “to control the cost of prescription drugs in Ontario without compromising safety”.

[33] The *Acts* and the Regulations under them represent a series of deliberate and aspirational responses to what has proven to be a tenacious problem over the past 25 years: manufacturers charging exceptionally high prices for generic drugs flowing not from the actual cost of the drugs, but from the manufacturers’ cost in providing financial incentives to pharmacies to induce them to purchase their

[TRADUCTION] [Le] Formulaire des médicaments [. . .] indique les prix auxquels le gouvernement remboursera les pharmacies pour les médicaments vendus dans le cadre du Programme. Les prix indiqués au Formulaire des médicaments sont calculés en fonction des chiffres fournis par les fabricants de médicaments. Ils ne sont pas fixés par le gouvernement.

Certains fabricants ont constaté qu’en fixant des prix artificiellement élevés pour les médicaments énumérés — des prix plus élevés que ceux que les pharmacies payaient effectivement pour les médicaments —, les pharmacies étaient incitées à acheter leurs produits. Le montant que le gouvernement rembourse pour les médicaments vendus en vertu du Programme des médicaments de l’Ontario est par conséquent plus élevé que le coût que payent effectivement les pharmacies pour bon nombre des médicaments.

On peut aisément comprendre comment ce système a pu engendrer des coûts excessifs pour le Programme de médicaments de l’Ontario. Cette pratique d’écart des prix et le fait que le gouvernement précédent ait permis qu’elle se poursuive aussi longtemps a imposé un fardeau inutile à l’ensemble des contribuables ontariens.

. . . étant donné que le Formulaire des médicaments du Programme des médicaments de l’Ontario sert de guide d’établissement des prix pour la vente de médicaments sur ordonnance sur le marché au comptant, les prix artificiellement élevés qu’il prévoit ont entraîné des coûts excessifs pour les clients qui paient au comptant tout autant que pour ceux qui bénéficient d’autres régimes d’assurance-médicaments. [Italiques ajoutés.]

(Assemblée législative, *Hansard — Official Report of Debates*, n° 41, 1^{re} sess., 33^e lég., 7 novembre 1985, p. 1446)

[32] En d’autres termes, l’objet prépondérant du régime législatif est, comme l’a expliqué la juge Molloy, [TRADUCTION] « de contrôler le coût des médicaments délivrés sur ordonnance en Ontario sans en compromettre l’innocuité ».

[33] Les *Lois* et leurs règlements d’application s’inscrivent dans la foulée d’une série de mesures énergiques et ambitieuses prises en réaction à ce qui s’est avéré un problème tenace au cours des 25 dernières années — les fabricants exigent des prix exceptionnellement élevés pour les médicaments génériques en raison non pas du coût réel de ces médicaments, mais du coût qu’assument

products. The government has repeatedly tried to end these hidden benefits. As the legislative history shows, attempts were made to promote transparent pricing and eliminate price inflation along the drug supply chain, all in pursuit of the ultimate objective of lowering drug costs. The legislature also exerted control over the sources of pharmacy revenue, attempting to shift pharmacy revenues away from drug sales and towards the delivery of professional services. Of necessity, these legislative and regulatory responses have been incremental.

[34] The purpose of the 2010 Regulations banning private label products was to prevent another possible mechanism for circumventing the ban on the rebates that kept drug prices inflated. As previously noted, the problem with rebates was that they inflated the Formulary price. In banning rebates, the expectation was that manufacturers would lower Formulary prices, and that pharmacies would pass these savings on to consumers. If pharmacies were permitted to create their own affiliated manufacturers whom they controlled, they would be directly involved in setting the Formulary prices and have strong incentives to keep these prices high. Rather than receiving a rebate financed by inflated drug prices, the pharmacy would share in the manufacturers' profits from those prices. This was expected to keep the price of drugs to consumers high.

[35] These concerns found their way into the June 2010 explanatory letter from the Executive Officer to Sanis. The relevant portions are repeated here for ease of reference:

The purpose of the regulations is to prevent a pharmacy-controlled or related entity purchasing drug products from a person that actually makes the product at lower

les fabricants pour inciter financièrement les pharmacies à acheter leurs produits. Le gouvernement a cherché sans relâche à supprimer ces avantages cachés. Comme le démontre l'historique législatif, on a tenté de promouvoir des méthodes de fixation des prix transparentes et de contrer la flambée des prix le long de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, le tout en vue d'atteindre l'objectif ultime de réduire le coût des médicaments. Le législateur a également exercé un contrôle sur la provenance des revenus des pharmacies, en tentant de faire en sorte que les revenus des pharmacies proviennent moins de la vente de médicaments et plus de la prestation des services professionnels. Par la force des choses, ces mesures législatives et réglementaires ont été prises graduellement.

[34] Les règlements de 2010 interdisant les produits sous marque de distributeur visaient à empêcher un autre mécanisme susceptible de contourner l'interdiction des rabais qui maintenaient les prix des médicaments élevés. Comme je l'ai déjà signalé, les rabais étaient problématiques parce qu'ils gonflaient les prix indiqués au Formulaire des médicaments. En interdisant les rabais, on s'attendait à ce que les fabricants baissent les prix affichés au Formulaire des médicaments et que les pharmacies, à leur tour, transmettent aux consommateurs les économies ainsi réalisées. Si l'on permettait aux pharmacies de créer leurs propres fabricants affiliés et de les contrôler, elles participeraient directement à la fixation des prix affichés au Formulaire des médicaments, ce qui les inciterait fortement à maintenir des prix élevés. Au lieu de recevoir des rabais financés à même les prix gonflés des médicaments, les pharmacies participeraient aux profits que ces prix engendrent pour les fabricants. On s'attendait à ce que cette pratique maintienne les prix élevés que paient les consommateurs pour les médicaments.

[35] Ces préoccupations ont été reprises dans la lettre explicative adressée par l'administrateur à Sanis en juin 2010. Les extraits pertinents de cette lettre sont reproduits ici par souci de commodité :

[TRADUCTION] Les règlements en question ont pour objet d'empêcher une entité contrôlée par une société pharmaceutique ou par une entité connexe d'acheter des

prices than the drug benefit price on the ODB Formulary without providing any price reduction to patients, insurers, employers, the Government of Ontario, or other payors.

The government's amendments to Ontario's drug regulations seek to encourage manufacturers to provide lower prices to Ontario patients. With private label products, the price reductions that Sanis presumably enjoys would not be passed onto end-payors such as government, insurers and patients. Instead, it seems that *profits would be retained within pharmacy-controlled organizations without benefiting consumers. While that would not be a "rebate" as defined in the legislation, it is a similar problem that the provisions against rebates seek to prevent.* [Emphasis added.]

[36] The private label Regulations also contribute to the legislative pursuit of transparent drug pricing. The Regulations are consistent with a recommendation in the 2008 Competition Bureau Report that "reimbursement of pharmacy services should be provided separately from reimbursement of drug costs". The Bureau's rationale was that provincial governments have difficulty setting appropriate fees for pharmacy services as long as pharmacies continue to receive massive payments from drug manufacturers and can use those revenues to offset under-funding for services and inefficient service delivery (*Benefiting from Generic Drug Competition*, at pp. 20-22 and 32). Weaning pharmacies off drug manufacturer revenues and transitioning them to a business model based on reimbursement for providing professional services has therefore been an important strategy pursued in the 2006 and 2010 amendments to the *Acts* and Regulations.

[37] The private label Regulations fit into this strategy by ensuring that pharmacies make money exclusively from providing professional health care

produits médicamenteux d'une personne qui fabrique effectivement le produit à un prix inférieur au prix au titre du régime de médicaments indiqué dans le Formulaire des médicaments de l'Ontario sans accorder de réduction de prix aux patients, aux assureurs, aux employeurs, au gouvernement de l'Ontario ou à tout autre payeur.

Les modifications que le gouvernement propose d'apporter aux règlements ontariens relatifs aux médicaments visent à inciter les fabricants à offrir des prix moins élevés aux patients ontariens. Dans le cas des produits sous marque de distributeur, les réductions de prix dont Sanis bénéficierait vraisemblablement ne seraient pas transmises à ceux qui les payent en bout de ligne comme le gouvernement, les assureurs et les patients. Il semble plutôt que *les entreprises contrôlées par les pharmacies conserveraient les profits sans en faire bénéficier les consommateurs. Même s'il ne s'agirait pas d'un « rabais » au sens de la loi, le problème ressemble à celui que les dispositions interdisant les rabais visent à éviter.* [Italiques ajoutés.]

[36] Les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur contribuent aussi à atteindre l'objectif législatif de transparence du prix des médicaments. Ils sont conformes à ce que le Bureau de la concurrence avait recommandé en 2008, soit que « le remboursement des services pharmaceutiques devrait être distinct du remboursement du coût des médicaments ». Le Bureau de la concurrence estimait que les gouvernements provinciaux ont de la difficulté à fixer des honoraires convenables pour les services pharmaceutiques dès lors que les pharmacies continuent à recevoir des fabricants de médicaments des sommes faramineuses qui leur permettent de compenser le sous-financement des services professionnels et une prestation de services inefficace (*Pour une concurrence avantageuse des médicaments génériques*, p. 25-28 et 40). Amener les pharmacies à renoncer aux revenus que leur procurent les fabricants de médicaments et à passer à un modèle d'entreprise axé sur le remboursement de leurs services professionnels constituait donc une importante stratégie poursuivie dans les modifications apportées en 2006 et 2010 aux *Lois* et aux règlements.

[37] Les règlements sur les produits sous marque de distributeur s'inscrivent dans cette stratégie en assurant que les pharmacies tirent leurs revenus

services, instead of sharing in the revenues of drug manufacturers by setting up their own private label subsidiaries. In this way too, the Regulations correspond to the statutory purpose of reducing drug costs since disentangling the cost of pharmacy services from the cost of drugs puts Ontario in a better position to regulate both.

[38] The 2010 private label Regulations were therefore part of the regulatory pursuit of lower prices for generic drugs and are, as a result, consistent with the statutory purpose.

[39] Shoppers and Katz argued, however, that the private label Regulations were inconsistent with the statutory purpose because they neither could nor would reduce drug prices. This, with respect, misconstrues the nature of the review exercise. The animating concern of the ban is that private label manufacturers' affiliation to pharmacies could make them more resistant to Ontario's efforts to promote lower prices. The Regulations are therefore connected to the statutory purpose of controlling — and reducing — drug prices. Whether they will ultimately prove to be successful or represent sound economic policy is not the issue. The issue is whether they accord with the purpose of the scheme. In my view, they clearly do.

[40] Shoppers and Katz also argued that the private label Regulations are inconsistent with the statutory purpose because they are under-inclusive: they do not prevent a pharmacy from owning a manufacturer who is also the fabricator of the drug. At the moment, this is pure speculation — there are no pharmacies in Ontario which

exclusivement de la prestation de services professionnels de santé plutôt que de la part des revenus des fabricants qu'elles touchent en mettant sur pied des filiales qui offrent des médicaments sous leur propre marque. Ainsi, les règlements correspondent à l'objectif visé par la loi consistant à réduire le coût des médicaments, étant donné que le fait de dissocier le coût des services pharmaceutiques de celui des médicaments place l'Ontario en meilleure posture pour régler les deux.

[38] Les règlements de 2010 relatifs aux produits sous marque de distributeur s'inscrivaient donc dans la foulée des démarches réglementaires entreprises en vue de réduire les prix des médicaments génériques et ils sont par conséquent conformes à l'objectif visé par les *Lois*.

[39] Shoppers et Katz ont toutefois plaidé que les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur sont incompatibles avec l'objectif visé par les *Lois* parce qu'ils ne pourraient pas réduire les prix des médicaments ou ne le réduiraient pas. En toute déférence, cet argument repose sur une interprétation erronée de la nature de l'exercice d'examen en cause. La préoccupation qui a suscité l'interdiction tient à ce que l'affiliation des fabricants de produits sous marque de distributeur avec les pharmacies serait susceptible de les rendre plus résistants aux mesures prises par l'Ontario pour promouvoir des prix moins élevés. Il existe donc un lien entre les règlements et l'objectif législatif consistant à contrôler — et à réduire — les prix des médicaments. Il n'est pas question de savoir si les règlements permettront ou non en bout de ligne d'atteindre cet objectif ou s'ils constituent ou non une saine politique économique. La question est de savoir si les règlements sont conformes à l'objectif du régime législatif. À mon avis, ils le sont manifestement.

[40] Shoppers et Katz ont également plaidé que les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur ne sont pas conformes à l'objectif législatif parce qu'ils ont une portée trop limitée : ils n'empêchent pas une pharmacie d'être propriétaire d'un fabricant qui est également le manufacturier du médicament. Pour le moment, il

own both the manufacturer and fabricator of a generic drug. It may well be that at some point this will become a corporate structure of concern, but Ontario is not obliged in its regulations to anticipate all potentially problematic scenarios. So long as what it has actually enacted is consistent with the statutory purpose and regulatory scope, Ontario is entitled to address the problem in stages. The ban on private label products is not inconsistent with or extraneous to the statutory purpose simply because it fails to include corporate models that do not currently exist.

[41] It bears repeating that Ontario's totemic struggle to control generic drug prices has been an incremental one, due in part to an evolving awareness of the mechanisms that can lead to high drug prices, and in part to the dynamic nature of the problem: each time the government has introduced new measures, market participants have changed their business practices to obviate the restrictions and keep prices high.

[42] The private label Regulations are part of this incremental regulatory process, tailored to address a proposed business model in which the private label manufacturer is a substitute for a manufacturer which already has its drugs on the market in Ontario. Sanis, for example, proposed to rely on Cobalt and Mylan, two manufacturers who already market generic drugs in Ontario, to fabricate its drugs and to provide it with the groundwork for obtaining regulatory approval. Brent Fraser, the Director of Drug Program Services at the Ministry of Health and Long-Term Care, expressed this very concern about Sanis' proposal. In his view, Sanis' intention to rely on other companies like Cobalt or Mylan to develop the products it proposed to sell meant that "the only role of Sanis appears to be to earn a profit for a pharmacy operator over and above the increased dispensing fees, the newly introduced transitional service fees, benefits associated with ordinary

s'agit là de pures spéculations : en Ontario, aucune pharmacie n'est propriétaire à la fois de fabricants et de manufacturiers de médicaments génériques. Il se peut fort bien qu'une structure organisationnelle de ce genre devienne un jour une source de préoccupations, mais l'Ontario n'est pas obligé, dans sa réglementation, d'anticiper tous les scénarios problématiques éventuels. Dès lors que les mesures effectivement adoptées sont conformes à l'objet visé par la loi et à la portée de ses règlements, l'Ontario a le droit de s'attaquer au problème par étapes. L'interdiction frappant les produits sous marque de distributeur n'est pas incompatible avec l'objet de la loi ou étrangère à ce dernier simplement parce qu'elle n'englobe pas des modèles d'entreprise qui n'existent pas encore.

[41] Il convient de répéter que la lutte totémique, en Ontario, pour contrôler les prix des médicaments génériques a été menée graduellement, en partie parce qu'on a pris conscience peu à peu des mécanismes qui peuvent faire monter les prix des médicaments et en partie en raison de la dynamique du problème : chaque fois que le gouvernement a adopté de nouvelles mesures, les acteurs du marché ont modifié leurs pratiques commerciales pour se soustraire aux restrictions et pour maintenir les prix élevés.

[42] Les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur s'inscrivent dans la foulée d'un processus réglementaire graduel conçu pour réagir à un modèle d'entreprise dans lequel le fabricant de produits sous marque de distributeur se substitue au fabricant dont les médicaments se trouvent déjà sur le marché ontarien. Sanis, par exemple, comptait s'en remettre à Cobalt et à Mylan, deux fabricants qui vendent déjà des médicaments génériques en Ontario, pour fabriquer ses médicaments et pour préparer le terrain en vue d'obtenir l'approbation réglementaire. Brent Fraser, le directeur des Services liés aux programmes de médicaments du Ministère de la Santé et des Soins de longue durée, a exprimé ses craintes sur ce point précis en ce qui concerne la proposition de Sanis. À son avis, l'intention de Sanis de s'en remettre à d'autres compagnies comme Cobalt ou Mylan pour mettre au point les produits qu'elle se proposait

commercial terms, and the planned payments for the delivery of professional services”.

[43] Shoppers and Katz also argued that the private label Regulations are *ultra vires* because they interfere with commercial rights, prohibit an activity, and discriminate between drug manufacturers, none of which they say is authorised by the grants of regulation-making authority in the *Ontario Drug Benefit Act* and the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*. In my view, these arguments cannot succeed.

[44] It seems to me somewhat ethereal to speak of a commercial “right” to trade in a market as highly regulated as is the pharmaceutical market in Ontario. Manufacturers have no right to sell drugs in the public market in Ontario unless they are listed in the Formulary, and no right to sell generic drugs at all unless they are designated as interchangeable. Since the *Ontario Drug Benefit Act* and the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* give the Lieutenant Governor in Council the authority to set the conditions that a drug must meet in order to be listed in the Formulary and designated as interchangeable, they expressly authorise interference with a manufacturer’s ability to enter and remain in the market.

[45] Nor do the private label Regulations contravene the principle that a statutory power to regulate an activity does not include the power to prohibit it. This principle had its origins in *Municipal Corporation of City of Toronto v. Virgo*, [1896] A.C. 88 (P.C.), where Lord Davey held that

de vendre faisait en sorte que [TRADUCTION] « le seul rôle que Sanis semble jouer se résume à engranger les profits d’un exploitant de pharmacie en plus des honoraires de préparation plus élevés, des frais de services nouvellement instaurés pendant la période de transition, des avantages associés aux conditions commerciales habituelles, sans oublier les paiements à venir pour la prestation des services professionnels ».

[43] Shoppers et Katz ont également plaidé que les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur sont *ultra vires* parce qu’ils portent atteinte à des droits commerciaux, interdisent une activité et établissent une distinction entre les fabricants de médicaments, ajoutant que rien de tout cela n’est autorisé par le pouvoir de réglementation prévu par la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* et la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*. À mon avis, ces arguments ne sauraient être retenus.

[44] Il me semble quelque peu immatériel de parler d’un « droit » commercial de faire des échanges dans un marché aussi réglementé que le marché pharmaceutique ontarien. Les fabricants n’ont le droit de vendre des médicaments sur le marché public en Ontario que si ces médicaments sont énumérés au Formulaire des médicaments, et ils n’ont pas du tout le droit de vendre des médicaments génériques à moins que ceux-ci n’aient été désignés comme interchangeables. Comme la *Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario* et la *Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* confèrent au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de fixer les conditions qu’un médicament doit respecter pour pouvoir être énuméré au Formulaire des médicaments et pour être désigné comme interchangeable, ces lois permettent expressément de restreindre la possibilité pour un fabricant d’entrer sur le marché et d’y demeurer.

[45] Les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur ne contreviennent pas non plus au principe suivant lequel le pouvoir législatif de réglementer une activité ne comprend pas le pouvoir de l’interdire. Ce principe tire son origine de l’arrêt *Municipal Corporation of City of Toronto c. Virgo*, [1896] A.C. 88 (C.P.), dans lequel lord Davey a affirmé ce qui suit :

there is marked distinction to be drawn between the prohibition or prevention of a trade and the regulation or governance of it, and indeed a power to regulate and govern seems to imply the continued existence of that which is to be regulated or governed. [p. 93]

[46] Assessing whether a regulation has crossed the line from being a permissible condition into being an impermissible prohibition requires establishing the scope of the activity to be regulated and then determining the extent to which it can continue to be carried on (Keyes, at p. 312). Here, the activity to be regulated is the sale of generic drugs in the private and public markets in Ontario. The private label Regulations do not prohibit manufacturers from selling generic drugs in Ontario's markets; they restrict market access only if a particular corporate structure is used. That cannot be characterized as a total or near-total ban on selling generic drugs in Ontario.

[47] The “discrimination” or unauthorised distinctions argument is similarly without a legal foundation. Regulatory distinctions must be authorised by statute, either expressly or by necessary implication (*Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at pp. 106-7). The applicable legislation in this case expressly authorises the making of distinctions between different drug manufacturers. Section 14(1)(a) of the *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act* expressly states that the Lieutenant Governor in Council may make regulations “prescribing conditions to be met by products *or by manufacturers of products* in order to be designated as interchangeable with other products”. Prescribing conditions to be met by drug manufacturers necessarily creates classes of manufacturers who do or do not meet those conditions, and, consequently, to whom the regulations apply differently.

[TRADUCTION] [I] faut nettement distinguer l'interdiction ou la prohibition d'un commerce et sa réglementation ou son contrôle, et il est évident que le pouvoir de réglementation et de contrôle présuppose l'existence ininterrompue de ce qui doit être réglementé ou contrôlé. [p. 93]

[46] Pour déterminer si un règlement a franchi la ligne de démarcation faisant en sorte qu'une condition acceptable devient une interdiction inacceptable, il faut préciser la portée de l'activité à réglementer et déterminer alors la mesure dans laquelle cette activité peut être poursuivie (Keyes, p. 312). Dans le cas qui nous occupe, l'activité à réglementer consiste en la vente de médicaments génériques sur le marché privé et le marché public en Ontario. Les règlements relatifs aux produits sous marque de distributeur n'interdisent pas aux fabricants de vendre des médicaments génériques sur les marchés ontariens; ils leur interdisent l'accès au marché uniquement s'ils utilisent une certaine structure organisationnelle. On ne saurait qualifier cette mesure d'interdiction totale ou quasi-totale de la vente de médicaments génériques en Ontario.

[47] L'argument des « distinctions non autorisées » est également dénué de fondement juridique. Les distinctions établies par règlement doivent être autorisées par la loi, explicitement ou par voie d'inférence nécessaire (*Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 106-107). Les dispositions législatives applicables en l'espèce permettent expressément d'établir des distinctions entre les divers fabricants de médicaments. L'alinéa 14(1)a) de la *Loi sur l'interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation* prévoit explicitement que le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, « prescrire les conditions auxquelles doivent répondre les produits *ou les fabricants de produits* pour que ces produits puissent être désignés comme étant interchangeables avec d'autres produits ». Le fait de prescrire les conditions auxquelles doivent satisfaire les fabricants de médicaments crée nécessairement des catégories de fabricants qui respectent ou non ces conditions et, par conséquent, à qui le règlement s'applique de façon différente.

[48] Both *Acts* also state that any regulations made under them “may be general or particular in [their] application” (*Ontario Drug Benefit Act*, s. 18(6), *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act*, s. 14(8)). Moreover, both statutes are subject to s. 82 of the *Legislation Act, 2006*, which expressly provides that the power to make regulations includes the power to have them apply differently to different classes:

82. (1) A regulation may be general or particular in its application.

(2) The power to make a regulation includes the power to prescribe a class.

(3) For the purposes of subsection (2), a class may be defined,

- (a) in terms of any attribute or combination of attributes; or
- (b) as consisting of, including or excluding a specified member.

[49] The Regulations focus on the sale of drugs by private label manufacturers because those manufacturers and their affiliated pharmacies are the ones considered to be particularly poised to circumvent the statutory ban on rebates that applies to *all* manufacturers and pharmacies in Ontario. Far from being “discriminatory”, the distinctions they draw flow directly from the statutory purpose and the scope of the mandate.

[50] Shoppers and Katz have therefore not, with respect, demonstrated that the Regulations are *ultra vires*.

[51] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Martis Ltd. and Pharmx

[48] Les deux *Lois* précisent également que leurs règlements d’application peuvent être « d’application générale ou particulière » (*Loi sur le régime de médicaments de l’Ontario*, par. 18(6)), ou qu’ils « peuvent avoir une portée générale ou particulière » (*Loi sur l’interchangeabilité des médicaments et les honoraires de préparation*, par. 14(8)). Qui plus est, les deux lois sont assujetties à l’art. 82 de la *Loi de 2006 sur la législation*, qui prévoit expressément que le pouvoir de prendre des règlements comprend le pouvoir de les appliquer à différentes catégories :

82. (1) Les règlements peuvent avoir une portée générale ou particulière.

(2) Le pouvoir de prendre des règlements comprend le pouvoir de prescrire des catégories.

(3) Pour l’application du paragraphe (2), une catégorie peut être définie :

- a) soit en fonction d’un attribut ou d’une combinaison d’attributs;
- b) soit de façon à être constituée d’un membre donné ou à comprendre ou exclure un tel membre.

[49] Les règlements sont axés sur la vente de médicaments par des fabricants de produits sous marque de distributeur parce que ces fabricants et leurs pharmacies affiliées sont considérés comme étant particulièrement disposés à contourner l’interdiction légale des rabais, interdiction qui vaut pour *tous* les fabricants et *toutes* les pharmacies en Ontario. Loin d’établir des « distinctions non autorisées », les distinctions que les règlements établissent découlent directement de l’objet de la loi et de la portée de son mandat.

[50] En toute déférence, Shoppers et Katz n’ont, par conséquent, pas démontré que les règlements sont *ultra vires*.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes Katz Group Canada Inc., Pharma Plus Drug Martis Ltd. et Pharmx

Rexall Drug Stores Ltd.: Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Solicitors for the appellants Shoppers Drug Mart Inc., Shoppers Drug Mart (London) Limited and Sanis Health Inc.: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Ontario, Toronto.

Rexall Drug Stores Ltd. : Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Procureurs des appelantes Shoppers Drug Mart Inc., Shoppers Drug Mart (London) Limited et Sanis Health Inc. : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur des intimés : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

**Agence du revenu du Québec
(formerly the Deputy Minister
of Revenue of Quebec) *Appellant***

v.

**Services Environnementaux AES inc. and
Centre Technologique AES inc. *Respondents***

and

Attorney General of Canada *Intervener*

- and -

**Agence du revenu du Québec
(formerly the Deputy Minister
of Revenue of Quebec) *Appellant***

v.

**Jean Riopel, Christiane Archambault and
Entreprise J.P.F. Riopel inc. *Respondents***

and

Attorney General of Canada *Intervener*

**INDEXED AS: QUEBEC (AGENCE DU REVENU) v.
SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC.**

2013 SCC 65

File Nos.: 34235, 34393.

2012: November 8; 2013: November 28.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

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

Contracts — Interpretation — Intention of parties — Intention declared in documents relating to transactions not reflecting common intention of parties because of errors made by professional advisors — Transactions having unforeseen tax consequences — Whether it is open to courts to intervene to find that amendments made by parties to documents associated with transactions were

**Agence du revenu du Québec
(anciennement le sous-ministre
du Revenu du Québec) *Appelante***

c.

**Services Environnementaux AES inc.
et Centre Technologique AES inc. *Intimées***

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

- et -

**Agence du revenu du Québec
(anciennement le sous-ministre
du Revenu du Québec) *Appelante***

c.

**Jean Riopel, Christiane Archambault et
Entreprise J.P.F. Riopel inc. *Intimés***

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (AGENCE DU REVENU) c.
SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC.**

2013 CSC 65

N^{os} du greffe : 34235, 34393.

2012 : 8 novembre; 2013 : 28 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Interprétation — Intention des parties — Volonté déclarée dans des documents relatifs à des transactions ne reflétant pas la commune intention des parties en raison d'erreurs commises par des professionnels — Transactions entraînant des impacts fiscaux non prévus — Les tribunaux peuvent-ils intervenir pour constater la légitimité et la nécessité des modifications

legitimate and necessary — *Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1425.*

Shareholders of corporations engaged in transactions to reorganize the corporations without tax consequences. As a result of errors made by the shareholders' tax advisors, the tax authorities issued notices of assessment in which they claimed tax amounts these taxpayers had not expected to pay. In the *AES* case, the parties had agreed on share transfers involving a rollover transaction that would be conducted in accordance with the procedures provided for in the relevant tax legislation and was based on a calculation of the adjusted cost base ("ACB") of the transferred shares. One aspect of the consideration paid for the transferred shares was the issuance and delivery of a note for an amount equal to that of their ACB. The agreement, the intended effect of which was to defer the tax payable, was vitiated by an error made in calculating the ACB of the shares. Rather than seeking to annul the contract, the parties agreed to correct the error by amending the documents that recorded and implemented their agreement, including the necessary tax forms, after which they took their case to the Superior Court by means of a motion for rectification. In the *Riopel* case, the parties had reached a verbal agreement to carry out a detailed tax plan, the essential terms of which had been recommended to them by their advisors. The agreement provided for a series of operations and acts to be completed, with precise timelines, to carry out share transfers and a corporate amalgamation in such a way as to defer the tax liability associated with those transactions by following procedures provided for in tax legislation. The parties' advisors reversed the order of the corporate amalgamation and the share transfer. Because that error prevented the deferral of tax, they tried to correct it by amending the original acts and having their clients sign the amended acts without explaining the nature of the amendments to them. After the tax authorities issued the notices of assessment and the errors made in drafting the writings associated with the transaction were discovered, the parties agreed to give effect to their original agreement by amending the defective acts.

The Superior Court granted the application for rectification in *AES* but dismissed the one in *Riopel*. The Quebec Court of Appeal granted both applications for rectification, holding that art. 1425 *C.C.Q.* authorized the correction of the discrepancies between the common intentions of the parties and the intentions declared in the acts, because the applications were legitimate and neither correction affected the rights of third parties.

apportées par les parties aux documents afférents aux transactions? — *Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425.*

Des actionnaires de sociétés commerciales ont effectué des transactions pour procéder à la restructuration de ces sociétés sans incidences fiscales. À la suite d'erreurs commises par leurs conseillers fiscaux, le fisc a établi des avis de cotisation réclamant des impôts imprévus par les contribuables. Dans l'affaire *AES*, les parties s'étaient entendues sur des transferts d'actions qui comportaient une opération de roulement, conformément aux modalités prévues par les lois fiscales pertinentes, sur la base d'un calcul du prix de base rajusté (« PBR ») des actions transférées. Un aspect de la contrepartie versée pour la cession des actions consistait dans l'émission et la remise d'un billet égal au montant de leur PBR. Cette entente, qui devait avoir pour effet de reporter l'impôt payable, a été viciée par une erreur commise dans le calcul du PBR des actions. Au lieu de demander l'annulation du contrat, les parties ont convenu de corriger l'erreur en modifiant les documents qui constataient et exécutaient leur entente, y compris les formulaires fiscaux nécessaires, puis se sont adressées à la Cour supérieure au moyen d'une requête en rectification. Dans l'affaire *Riopel*, les parties se sont entendues verbalement pour réaliser une planification fiscale détaillée, dont les modalités essentielles leur avaient été recommandées par leurs conseillers. L'entente prévoyait un ensemble d'opérations et d'actes à accomplir, selon un échéancier précis, pour réaliser des cessions d'actions et une fusion de sociétés, et ce, d'une manière propre à assurer le report des obligations fiscales afférentes à ces transactions en utilisant des procédures prévues par les lois fiscales. Les conseillers des parties ont interverti l'ordre de la fusion des sociétés commerciales et de la cession d'actions. Comme cette erreur empêchait le report des impôts, ils ont tenté de la corriger en modifiant les actes originaux et en les faisant signer par leurs clients, sans leur expliquer la nature des changements effectués. Après l'établissement des avis de cotisation par le fisc et la découverte des erreurs commises dans la rédaction des écrits relatifs à la transaction, les parties ont convenu de donner effet à leur entente originale, en modifiant les actes défectueux.

La Cour supérieure a accordé la demande de rectification dans l'affaire *AES* mais l'a refusée dans l'affaire *Riopel*. La Cour d'appel du Québec a fait droit dans les deux cas aux demandes de rectification, concluant que l'art. 1425 *C.c.Q.* permettait de corriger l'écart entre l'intention commune des parties et l'intention déclarée dans les actes, car les demandes étaient légitimes et la correction ne portait pas atteinte aux droits des tiers.

Held: The appeals should be dismissed.

The interplay of the civil law and tax law limits the scope of intervention of the courts. In principle, the nature and the legal consequences of transactions to which tax law applies are determined by reference to the common law and the civil law, although a court dealing with a challenge relating to civil aspects of a transaction with tax implications does not have the authority to rule on notices of assessment that were issued or notices of objection that were filed in respect of that transaction. The validity and effects of the notices in question must instead be determined, if necessary, by the courts that have been assigned jurisdiction over such matters, and those courts must also consider the consequences of judgments rendered by the civil courts with respect to the transactions that led to the issuance of the notices of assessment.

In the civil law, the law of contracts is premised on a principle of consensualism, and a fundamental distinction exists between the exchange of consents and the written expression of that exchange. The parties are free as between themselves, although this is subject to any rights acquired by third parties, to amend or annul the contract and the documents recording it. There is nothing to prevent them from acknowledging the existence of a common error and agreeing to correct it by mutual consent. The determination by the courts of the common intention, or will, of the parties represents a true exercise of interpretation, and it was open to the courts to intervene for that purpose under art. 1425 *C.C.Q.* If a private writing contains an error, the court must, once the error is proved in accordance with the rules of evidence in civil matters, note the error and ensure that it is remedied. In the civil law, the tax authorities do not have an acquired right to benefit from an error made by the parties to a contract after the parties have corrected the error by mutual consent.

In these cases, the common intention of the parties was expressed erroneously in all the writings prepared to carry out the tax plans on which they had agreed. It was open to the courts to intervene to find that the amendments made by the parties to the acts at issue were legitimate and necessary. Their intervention was justified by the substantive law and was not precluded by Quebec's rules of civil procedure. The issue was argued in an adversarial process. The tax authorities were impleaded, as they had to be, and a motion for rectification was the normal way to bring the issue before the Superior Court and ask it to intervene to consider conclusions that were, first and foremost, declaratory.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'interaction du droit civil et du droit fiscal limite le champ d'intervention des tribunaux. Les règles de la common law et du droit civil déterminent en principe la nature et les conséquences juridiques des opérations visées par le droit fiscal, mais les tribunaux saisis d'une contestation relative à des aspects civils d'une transaction ayant des implications fiscales ne peuvent statuer sur les avis de cotisation et les avis d'opposition établis ou déposés à l'égard de cette transaction. Il appartiendra plutôt aux juridictions déclarées compétentes en la matière de se prononcer sur la validité et les effets de ces avis, s'il y a lieu de le faire, et d'évaluer les conséquences des jugements rendus par les cours civiles au sujet des opérations à l'origine des avis de cotisation.

Le droit civil des contrats repose sur le principe du consensualisme et retient la distinction fondamentale entre l'échange des consentements et son expression écrite. Le contrat appartient aux parties. Entre elles, mais sous réserve des droits qui ont pu être acquis par des tiers, les parties sont libres de modifier ou d'annuler le contrat et les documents qui le constatent. Rien ne les empêche de reconnaître l'existence d'une erreur commune et de convenir de la corriger de consentement mutuel. La recherche de l'intention ou volonté commune des parties par les tribunaux représente une véritable opération d'interprétation, et l'art. 1425 *C.c.Q.* leur permet d'intervenir à cette fin. Si l'acte sous seing privé est entaché d'erreur, une fois cette erreur établie conformément aux règles de la preuve civile, le tribunal doit la constater et faire en sorte qu'on y remédie. En droit civil, le fisc ne possède pas de droit acquis au bénéfice d'une erreur que les parties à un contrat auraient commise, puis corrigée de consentement mutuel.

En l'espèce, l'ensemble des écrits préparés pour réaliser les planifications fiscales dont ont convenu les parties représentait une expression erronée de leur volonté commune. Les tribunaux pouvaient intervenir pour constater la légitimité et la nécessité des modifications apportées par les parties aux actes en litige. Le droit substantiel justifiait leur intervention, et la procédure civile québécoise n'y faisait pas obstacle. Le débat relevait du domaine du contradictoire. Le fisc avait été appelé en cause, comme il devait l'être, et la requête en rectification était la voie normale pour saisir la Cour supérieure et lui demander d'intervenir à des fins d'abord et avant tout déclaratoires.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728; *Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 59; *Banque de Montréal v. Européenne de Condiments S.A.*, [1989] R.J.Q. 246; *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793; *Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1372, 1373, 1374, 1378, 1385, 1412, 1425, 1439, 2818, 2829.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 5.
Companies Act, R.S.Q., c. C-38, Part 1A.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 86.
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 541 to 543.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dir. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Campbell, Colin. *Administration of Income Tax 2013*. Toronto: Thomson/Carswell, 2013.
 Cresp, Marie. *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*. Aix-en-Provence, France: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.
 Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2013.
 Gendron, François. *L'interprétation des contrats*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
 Ghestin, Jacques. « La notion de contrat » (1990), 12 *Droits* 7.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.
 L'Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
 Marquis, Paul-Yvan. « L'inscription de faux et la correction des actes notariés » (1990), 92 *R. du N.* 407.
 Moore, Benoît. « Flexible contrat », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2012, 569.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Attorney General) c. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 59; *Banque de Montréal c. Européenne de Condiments S.A.*, [1989] R.J.Q. 246; *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793; *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1372, 1373, 1374, 1378, 1385, 1412, 1425, 1439, 2818, 2829.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 5.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 86.
Loi sur les compagnies, L.R.Q., ch. C-38, partie 1A.
Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 541 à 543.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dir. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
 Campbell, Colin. *Administration of Income Tax 2013*. Toronto : Thomson/Carswell, 2013.
 Cresp, Marie. *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*. Aix-en-Provence, France : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.
 Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2013.
 Gendron, François. *L'interprétation des contrats*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.
 Ghestin, Jacques. « La notion de contrat » (1990), 12 *Droits* 7.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.
 L'Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2012.
 Marquis, Paul-Yvan. « L'inscription de faux et la correction des actes notariés » (1990), 92 *R. du N.* 407.
 Moore, Benoît. « Flexible contrat », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012, 569.

Moore, Benoît. *JurisClasseur — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2008 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi n° 8).

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Morissette and Kasirer J.J.A.), 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045, [2011] Q.J. No. 1911 (QL), 2011 CarswellQue 11969, SOQUIJ AZ-50727855, affirming a decision of Borenstein J., 2009 QCCS 790, [2009] J.Q. n° 1554 (QL), 2009 CarswellQue 1643, SOQUIJ AZ-50541289. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Kasirer and Wagner J.J.A.), 2011 QCCA 954, [2011] J.Q. n° 5720 (QL), 2011 CarswellQue 5360, SOQUIJ AZ-50755104, setting aside a decision of Nantel J., 2010 QCCS 1576, [2010] J.Q. n° 3418 (QL), 2010 CarswellQue 3545, SOQUIJ AZ-50628627. Appeal dismissed.

Pierre Zemaitis, Christian Boutin and Khashayar Haghgouyan, for the appellant.

Dominic C. Belley, for the respondents Services Environnementaux AES inc. and Centre Technologique AES inc.

Bruno Racine and Marc-Antoine St-Pierre, for the respondents Jean Riopel, Christiane Archambault and Entreprise J.P.F. Riopel inc.

Pierre Cossette and Susan Shaughnessy, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The issues raised by these appeals relate to the nature and scope of agreements between taxpayers

Moore, Benoît. *JurisClasseur — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal : LexisNexis, 2008 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi n° 8).

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Morissette et Kasirer), 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045, [2011] J.Q. n° 1911 (QL), 2011 CarswellQue 1079, SOQUIJ AZ-50727855, qui a confirmé une décision de la juge Borenstein, 2009 QCCS 790, [2009] J.Q. n° 1554 (QL), 2009 CarswellQue 1643, SOQUIJ AZ-50541289. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Kasirer et Wagner), 2011 QCCA 954, [2011] J.Q. n° 5720 (QL), 2011 CarswellQue 5360, SOQUIJ AZ-50755104, qui a annulé une décision de la juge Nantel, 2010 QCCS 1576, [2010] J.Q. n° 3418 (QL), 2010 CarswellQue 3545, SOQUIJ AZ-50628627. Pourvoi rejeté.

Pierre Zemaitis, Christian Boutin et Khashayar Haghgouyan, pour l'appelante.

Dominic C. Belley, pour les intimées Services Environnementaux AES inc. et Centre Technologique AES inc.

Bruno Racine et Marc-Antoine St-Pierre, pour les intimés Jean Riopel, Christiane Archambault et Entreprise J.P.F. Riopel inc.

Pierre Cossette et Susan Shaughnessy, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Ces appels soulèvent des problèmes liés à la détermination de la nature et de la portée d'ententes

concerning corporate reorganizations, tax planning and the tax consequences thereof. Briefly, in these two cases, shareholders of corporations engaged in various transactions to reorganize the corporations in question and transfer interests in them. The intention was that their agreements would have no tax consequences. As a result of errors made by the shareholders' tax advisors, the Agence du revenu du Québec ("ARQ") and the Canada Revenue Agency ("CRA") issued notices of assessment in which they claimed tax amounts these taxpayers had not expected to pay.

[2] After the notices of assessment were issued in these two cases, those involved agreed to correct the documents relating to their agreements in order to attain the intended tax neutrality. They applied to the Quebec Superior Court for rectification of their original documents, which, they argued, did not reflect their true agreements. The Superior Court rendered contradictory judgments in the two cases, granting one of the applications for rectification (2009 QCCS 790 (CanLII)) but dismissing the other (2010 QCCS 1576 (CanLII)). The Quebec Court of Appeal granted both applications for rectification to give effect to the true intentions of the parties to the agreements (2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045; 2011 QCCA 954 (CanLII)). For reasons that differ in part from those of the Court of Appeal, I would dismiss the ARQ's appeals, declare that it was open to the respondents to amend their agreements, and recognize their amendments.

II. Origins of the Cases

A. *Services Environnementaux AES inc.*

[3] The first appeal is that of Services Environnementaux AES inc. ("AES") and Centre technologique AES inc. ("Centre technologique"). The evidence concerning the transactions that gave rise to the dispute between the tax authorities and AES is summarized in admissions the parties agreed on and filed in the Superior Court.

intervenues entre des contribuables relativement à la réorganisation d'entreprises, à des planifications fiscales et aux effets de ces mesures à l'égard du fisc. En bref, dans ces deux affaires, des actionnaires de sociétés commerciales effectuèrent diverses transactions pour procéder à la restructuration de ces sociétés et la cession d'intérêts dans celles-ci. Leurs ententes devaient être réalisées sans produire d'incidences fiscales. À la suite d'erreurs commises par les conseillers fiscaux des contribuables en cause, l'Agence du revenu du Québec (« ARQ ») et l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») établirent des avis de cotisation réclamant des impôts imprévus par ces contribuables.

[2] À la suite de l'établissement des avis de cotisation dans ces deux dossiers, les parties concernées s'entendirent pour corriger les documents relatifs à leurs ententes afin d'obtenir l'effet de neutralité fiscale qu'elles recherchaient. Elles demandèrent à la Cour supérieure du Québec de rectifier leurs documents originaux, lesquels ne reflétaient pas selon elles leurs véritables ententes. La Cour supérieure rendit des jugements contradictoires dans ces dossiers, accordant la demande de rectification dans l'un (2009 QCCS 790 (CanLII)) et la rejetant dans l'autre (2010 QCCS 1576 (CanLII)). La Cour d'appel du Québec fit droit dans les deux cas aux demandes de rectification visant à donner effet à la volonté réelle des parties (2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045; 2011 QCCA 954 (CanLII)). Pour des motifs différant en partie de ceux de la Cour d'appel, je rejetterais les pourvois de l'ARQ, déclarerais que les intimés pouvaient modifier leurs conventions et constaterais cette modification.

II. L'origine des litiges

A. *Affaire Services Environnementaux AES inc.*

[3] Le premier pourvoi est celui concernant Services Environnementaux AES inc. (« AES ») et Centre technologique AES inc. (« Centre technologique »). Dans des admissions dont elles ont convenu et qu'elles ont produites devant la Cour supérieure, les parties ont résumé la preuve relative aux transactions qui ont provoqué le conflit entre les autorités fiscales et AES.

[4] AES is a corporation that was constituted in 1993 under Part IA of the *Companies Act*, R.S.Q., c. C-38. Centre technologique was created in 1997 under the same statute as a wholly owned subsidiary of AES. In 1998, in a reorganization of the business, AES agreed to transfer 25 percent of its shares in Centre technologique's capital stock to an investor, Groupe Sani-Gestion. For the purposes of that investment, AES and Centre technologique entered into a reorganization and tax planning agreement and instructed their tax advisors to implement it. To ensure that the agreement would be tax-neutral, AES and Centre technologique made use of certain provisions on exchanges of shares set out in s. 86 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and ss. 541 to 543 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3. Under those provisions, a taxpayer may defer the tax impact of an exchange of shares on condition, *inter alia*, that the consideration other than shares does not exceed the adjusted cost base ("ACB") of the shares received.

[5] An error, attributed to AES's advisors, was made in valuing the ACB of the transferred shares: it was valued at \$1,217,029, whereas its actual value was only \$96,001. Relying on that incorrect valuation, AES exchanged its 1,217,029 voting shares in Centre technologique's capital stock for 4,500,000 voting participating shares in Centre technologique and a demand note from Centre technologique for \$1,217,028. Centre technologique repaid the amount of that note to AES between December 18, 1998 and September 30, 1999. In 2000, the tax authorities added a taxable capital gain of \$840,770 to the income reported by AES for the taxation year ending on September 30, 1999.

[6] Notices of assessment were issued, and notices of objection were filed. That aspect of the case is not before this Court, which must consider the consequences of the attempt made by AES and Centre technologique to correct a transaction that could not be tax-neutral as the parties had intended, because of the error made in carrying it out. On November 1, 2001, after AES had objected to the

[4] AES est une société commerciale qui a été constituée en 1993 en vertu de la partie IA de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., ch. C-38. Centre technologique a été créée en vertu de la même loi, en 1997, comme filiale à part entière d'AES. En 1998, dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise, AES s'entendit avec un investisseur, Groupe Sani-Gestion, pour lui céder 25 pour 100 des actions qu'elle détenait dans le capital-actions de Centre technologique. Pour réaliser cet investissement, AES et Centre technologique conclurent une entente de réorganisation et de planification fiscale et donnèrent mandat à leurs conseillers fiscaux de la mettre en œuvre. Pour assurer la neutralité fiscale de cette entente, AES et Centre technologique utilisèrent certaines dispositions relatives aux échanges d'actions prévues à l'art. 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), et aux art. 541 à 543 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3. Pour différer l'effet fiscal d'un échange d'actions, ces dispositions exigent, notamment, que la contrepartie payée autrement qu'en actions n'exède pas le prix de base rajusté (« PBR ») des actions reçues.

[5] Une erreur, attribuée aux conseillers d'AES, fut commise dans l'évaluation du PBR des actions cédées. Celui-ci avait été évalué à 1 217 029 \$, alors qu'en réalité il n'atteignait que 96 001 \$. Sur la foi de cette évaluation erronée, lors de l'échange de ses 1 217 029 actions votantes dans le capital-actions de Centre technologique, AES reçut 4 500 000 actions votantes et participantes de Centre technologique, ainsi qu'un billet à demande de cette dernière d'une valeur de 1 217 028 \$. Centre technologique paya ce billet à AES entre le 18 décembre 1998 et le 30 septembre 1999. En 2000, les autorités fiscales ajoutèrent un gain en capital imposable de 840 770 \$ au revenu déclaré par AES pour l'année d'imposition terminée le 30 septembre 1999.

[6] Des avis de cotisation furent établis et des avis d'opposition déposés. Cet aspect du dossier n'est pas devant notre Cour. Celle-ci est saisie des conséquences de la tentative d'AES et de Centre technologique de corriger une transaction qui ne permettait pas d'atteindre la neutralité fiscale recherchée par les parties en raison de l'erreur commise dans sa réalisation. Après qu'AES se soit

notices of assessment, the parties agreed to cancel and take back the note for \$1,217,028. A new note dated December 11, 1998 was to be issued in the amount of \$95,000 together with 1,122,029 Class C shares with a value of \$1,122,029. AES and Centre technologique then presented a motion in the Quebec Superior Court for rectification and for a declaratory judgment. They asked that court to amend the original agreements so that they would reflect the parties' original intention, to make them retroactive to the original transaction date, that is, to December 1998, and to declare that the amendments could be set up against third parties. The Deputy Minister of Revenue of Quebec, who has now been succeeded by the ARQ, contested the motion and asked that it be dismissed, as did the CRA.

B. *Riopel*

[7] In 2004, the respondents Jean Riopel and Christiane Archambault, who had been married since 1984, owned 60 percent and 40 percent, respectively, of the shares of a corporation called Déchiquetage Mobile JR inc. ("Déchiquetage Mobile"). In July 2004, all Déchiquetage Mobile's assets were sold to third parties. The only asset then consisted of the proceeds of the sale of those assets. At the time, Mr. Riopel was also the sole shareholder in a holding company, Entreprise J.P.F. Riopel inc. ("JPF").

[8] On the recommendation of their accountant, Mr. Riopel and Ms. Archambault agreed to amalgamate Déchiquetage Mobile and JPF. Mr. Riopel was to become the sole shareholder of the company that would result from the amalgamation, as Ms. Archambault was to transfer all her interests in Déchiquetage Mobile to him for an agreed price. The intention was that the transaction would have no tax consequences for Ms. Archambault. The accountant and a tax lawyer were instructed to carry out this plan.

[9] On September 1, 2004, the advisors of Ms. Archambault and Mr. Riopel presented them with a detailed plan for the amalgamation of the two companies and the transfer of interests and

opposée aux avis de cotisation, le 1^{er} novembre 2001 les parties convinrent d'annuler et de reprendre le billet de 1 217 028 \$. Un nouveau billet de 95 000 \$, daté du 11 décembre 1998, serait émis, de même que 1 122 029 actions de catégorie C, d'une valeur de 1 122 029 \$. AES et Centre technologique présentèrent ensuite à la Cour supérieure du Québec une requête en rectification et jugement déclaratoire. Cette procédure demandait à la cour de modifier les ententes originales pour qu'elles reflètent l'intention originale des parties, de leur donner effet rétroactivement à la date originale de la transaction, c'est-à-dire décembre 1998, et de déclarer ces modifications opposables aux tiers. Le sous-ministre du Revenu du Québec, aux droits duquel est maintenant l'ARQ, contesta la requête dont elle demanda le rejet, comme d'ailleurs l'ARC.

B. *Affaire Riopel*

[7] En 2004, les intimés Jean Riopel et Christiane Archambault, qui sont mariés depuis 1984, possédaient respectivement 60 pour 100 et 40 pour 100 des actions d'une société commerciale, Déchiquetage Mobile JR inc. (« Déchiquetage Mobile »). En juillet 2004, tous les éléments d'actif de Déchiquetage Mobile sont vendus à des tiers. Le seul actif consiste alors dans le produit de la vente de ces éléments d'actif. À ce moment-là, M. Riopel est aussi l'unique actionnaire d'une société de portefeuille, Entreprise J.P.F. Riopel inc. (« JPF »).

[8] Sur la recommandation de leur comptable, M. Riopel et M^{me} Archambault conviennent de fusionner Déchiquetage Mobile et JPF. Monsieur Riopel doit devenir le seul actionnaire de la société résultant de la fusion, M^{me} Archambault lui cédant tous ses intérêts dans Déchiquetage Mobile moyennant un prix convenu. L'opération doit se dérouler sans conséquences fiscales pour M^{me} Archambault. Le comptable et un avocat fiscaliste reçoivent le mandat de mener à bien ce projet.

[9] Le 1^{er} septembre 2004, les conseillers de M^{me} Archambault et de M. Riopel leur présentent un plan détaillé en vue de la réalisation du projet de fusion des deux sociétés, de cession d'intérêts

for the deferral of the tax impact of the transaction. First of all, on October 30, 2004, Ms. Archambault was to sell her shares in Déchiquetage Mobile to Mr. Riopel for \$720,000. That price was to be paid in part with a note for \$335,000, which corresponded to the ACB of Ms. Archambault's shares. The balance of the sale price, which was equal to the difference between the fair market value of the shares and their ACB, or \$385,000, was to be paid by issuing 385,000 preferred shares in JPF with a redemption price of \$385,000. On November 1, 2004, the articles of amalgamation and certificate of amalgamation of Déchiquetage Mobile and JPF were to be completed and the two companies were to be amalgamated; the new company's name was to be Entreprise J.P.F. Riopel inc. ("JPF-2"). On November 4, 2004, JPF-2 was to repay the amount of the \$335,000 note to Ms. Archambault and redeem her preferred shares, whose total value was \$385,000. According to the tax lawyer, that redemption would generate a deemed dividend of \$385,000, but the dividend would have no tax consequences, because it was to be paid out of JPF-2's capital dividend account.

[10] Unfortunately, the transaction did not unfold as planned. The parties' advisors made a series of errors in preparing the juridical acts required to implement the plan they had recommended to their clients. The articles of amalgamation filed with the Inspector General of Financial Institutions, which were dated November 1, 2004, made no mention of the transfer of Ms. Archambault's shares, which was supposed to have taken place on October 30. The amalgamation therefore preceded the sale of the shares, contrary to what had been planned, which meant that the transaction was not tax-neutral as the parties had intended.

[11] To correct the situation and preserve the transaction's tax effectiveness, the accountant and the tax lawyer decided on October 27, 2004 to change the legal documentation that had already been prepared, but they did not breathe a word of this to their clients. They kept November 1, 2004 as the formal amalgamation date, but restructured the planned transaction in the documents they prepared.

et de la planification fiscale destinée à reporter l'impact fiscal de la transaction. D'abord, le 30 octobre 2004, M^{me} Archambault vendra à M. Riopel ses actions dans Déchiquetage Mobile pour un prix de 720 000 \$. Ce prix sera acquitté en partie par un billet d'une valeur de 335 000 \$, somme qui correspond au PBR des actions de M^{me} Archambault. Le solde du prix de vente, qui est égal à la différence entre la juste valeur marchande et le PBR des actions, soit 385 000 \$, sera acquitté par l'émission de 385 000 actions privilégiées de JPF à un prix de rachat de 385 000 \$. Le 1^{er} novembre 2004, les statuts de fusion et le certificat de fusion de Déchiquetage Mobile et de JPF seront complétés et ces deux sociétés seront fusionnées sous le nom d'Entreprise J.P.F. Riopel inc. (« JPF-2 »). Puis, le 4 novembre 2004, JPF-2 remboursera à M^{me} Archambault le billet de 335 000 \$ et lui rachètera ses actions privilégiées d'une valeur totale de 385 000 \$. Selon l'avocat fiscaliste, le rachat des actions privilégiées entraînera un dividende réputé de 385 000 \$, mais ce dividende ne produira aucune incidence fiscale, puisqu'il sera versé à partir du compte de dividendes en capital de JPF-2.

[10] Malheureusement, la transaction ne se déroula pas comme prévu. Les conseillers des parties commirent une série d'erreurs dans la préparation des actes juridiques nécessaires pour réaliser la planification qu'ils avaient recommandée à leurs clients. Les statuts de fusion déposés auprès de l'inspecteur général des institutions financières et datés du 1^{er} novembre 2004 ne faisaient aucune mention d'une cession des actions de M^{me} Archambault qui aurait dû intervenir le 30 octobre. La fusion précédait ainsi la vente des actions, contrairement à la planification prévue, ce qui compromettait l'effet de neutralité fiscale recherché.

[11] Pour corriger la situation et préserver l'efficacité fiscale de la transaction, le comptable et l'avocat fiscaliste décidèrent, le 27 octobre 2004, de modifier la documentation juridique déjà préparée, sans toutefois en souffler mot à leurs clients. Ils maintinrent au 1^{er} novembre 2004 la date formelle de la fusion, mais restructurèrent la transaction projetée dans les documents qu'ils préparèrent. Les

Ms. Archambault's shares in Déchiquetage Mobile were converted to 720 common shares in JPF-2. On November 2, 2004, after the amalgamation, JPF-2 redeemed Ms. Archambault's 720 shares using the rollover provisions in the tax legislation. To pay the purchase price, JPF-2 provided a \$335,000 demand note and issued 385,000 redeemable no par value preferred shares. On November 2, Mr. Riopel and Ms. Archambault signed all the necessary contracts and documents, but their advisors did not explain to them the nature of the changes that had been made to the original plan. Moreover, they acknowledged that they had not read the documents at the time of the closing of the transaction. JPF-2 subsequently repaid the note owed to Ms. Archambault and redeemed her preferred shares for \$385,000.

[12] Suddenly, in January 2007, Ms. Archambault received notices of assessment from the CRA and from Quebec's Ministère du Revenu. Ms. Archambault was deemed to have been paid a \$335,000 taxable dividend, and an amount of about \$150,000 in tax arrears was claimed from her, plus the usual interest. These notices of assessment meant that, in the tax authorities' opinion, the tax plan contained errors and could not meet its objective.

[13] The respondents filed a notice of objection to the notices of assessment in accordance with the applicable tax legislation. That aspect of the case remains unresolved. After receiving the notices of assessment, the respondents began, in the Quebec Superior Court, a proceeding called a [TRANSLATION] "Motion to institute a proceeding in rectification of contract". According to them, the purpose of the proceeding was to obtain recognition of the agreement they had actually reached so that the documents would reflect their true intention. In bringing the proceeding, they intended to give effect to the original terms of the transaction by amending or replacing the documents signed on November 2, 2004 at their tax advisors' office.

[14] The respondents asked, first, that the date of the sale of their shares be changed retroactively from November 2 to October 30, 2004. The

actions détenues par M^{me} Archambault dans Déchiquetage Mobile furent converties en 720 actions ordinaires de JPF-2. Le 2 novembre 2004, soit après la fusion, JPF-2 racheta les 720 actions de M^{me} Archambault en utilisant les dispositions des lois fiscales sur les roulements. Pour acquitter le prix d'achat, JPF-2 remit un billet à demande de 335 000 \$ et émit 385 000 actions privilégiées sans valeur nominale et rachetables. Le 2 novembre, M. Riopel et M^{me} Archambault signèrent tous les contrats et documents nécessaires sans que leurs conseillers leur aient expliqué la nature des changements apportés à la planification établie à l'origine. Ils reconnurent d'ailleurs ne pas avoir lu les documents lors de la clôture de la transaction. Par la suite, JPF-2 remboursa le billet dû à M^{me} Archambault et lui racheta ses actions privilégiées pour 385 000 \$.

[12] Tout à coup, en janvier 2007, M^{me} Archambault reçut des avis de cotisation de l'ARC et du ministère du Revenu du Québec. On attribua à M^{me} Archambault un dividende imposable de 335 000 \$ et on lui réclama des arrérages d'impôt de 150 000 \$, environ, majorés des intérêts usuels. Ces avis de cotisation signifiaient que les autorités fiscales estimaient que la planification fiscale comportait des erreurs et qu'elle ne pouvait atteindre son objectif.

[13] Conformément aux lois fiscales applicables, les intimés déposèrent un avis d'opposition aux avis de cotisation. Cet aspect du dossier demeure toujours en suspens. En effet, après la réception des avis de cotisation, les intimés entamèrent devant la Cour supérieure du Québec une procédure qualifiée de « Requête introductive d'instance en rectification de contrat ». Selon les intimés, l'objectif de cette procédure consistait à faire constater la véritable entente intervenue entre eux, pour que les documents reflètent leur intention réelle. Grâce à cette procédure, ils entendaient donner effet aux termes de la transaction prévus à l'origine, en modifiant ou en remplaçant les documents signés le 2 novembre 2004 chez leurs conseillers fiscaux.

[14] Les intimés demandaient d'abord la modification rétroactive de la date de la vente de leurs actions, du 2 novembre au 30 octobre 2004. La

sale would thus be deemed to have taken place on the latter date, that is, before the amalgamation. They also asked in their motion for changes to the schedules to the articles of amalgamation that would modify the share classes established on November 2. In addition, they requested consequential changes to the T2057 and TP-518 tax forms they had filed after the amalgamation. Finally, they asked for a change to the price of the transferred shares, as well as to the classes and numbers of those shares, to make these terms consistent with the tax plan that had originally been agreed upon. The purpose of all these changes was to ensure that the respondent Archambault would not be deemed to have been paid a taxable dividend as a result of the transfer of the shares.

[15] In the respondents' view, their motion represented a simple request for rectification of a contract in order to correct writings that were inconsistent with their actual agreement. Both the ARQ and the CRA contested the admissibility of and basis for the respondents' motion. They argued that the possibility of making such a motion in the Superior Court was not provided for in Quebec's rules of civil procedure and that the so-called application for rectification was completely foreign to Quebec's law of obligations.

III. Judicial History

[16] The two cases, which this Court heard together, were conducted independently of one another in the Quebec courts. They were heard and decided separately both in the Superior Court and in the Court of Appeal. I will summarize the judgments rendered in the *AES* case first, followed by the judgments in the *Riopel* case.

A. *AES*

- (1) Quebec Superior Court, Borenstein J., 2009 QCCS 790 (CanLII)

[17] On the basis of admissions of fact filed by the parties, the Superior Court granted the motion for rectification, finding that the respondents'

vente serait ainsi réputée avoir eu lieu à cette dernière date, c'est-à-dire avant la fusion. Ils sollicitaient également dans leur requête des changements aux annexes des statuts de fusion, à savoir la modification des catégories d'actions établies le 2 novembre. En outre, ils réclamaient des modifications corrélatives aux formulaires fiscaux T2057 et TP-518 qu'ils avaient produits après la fusion. Enfin, ils souhaitaient faire modifier le prix des actions cédées, ainsi que les catégories et le nombre de ces actions, pour rendre ces modalités conformes à la planification fiscale convenue à l'origine. L'ensemble de ces modifications visait à éviter l'attribution d'un dividende imposable à l'intimée M^{me} Archambault, à la suite de la cession des actions.

[15] Pour les intimés, leur requête représentait une simple demande de rectification de contrat visant à faire corriger des écrits non conformes à leur accord véritable. L'ARQ et l'ARC contestèrent toutes deux la recevabilité et le fondement de la requête des intimés. Selon les autorités fiscales, la procédure civile québécoise ne permettait pas la présentation d'une telle requête devant la Cour supérieure du Québec et la prétendue demande de rectification était complètement étrangère au droit des obligations du Québec.

III. Historique judiciaire

[16] Les deux affaires, qui ont été entendues en même temps par notre Cour, ont été menées de façon complètement indépendante devant les tribunaux du Québec. Elles ont fait l'objet d'audiences et de décisions distinctes tant devant la Cour supérieure que la Cour d'appel. Je résumerai d'abord les jugements rendus dans l'affaire *AES*, puis ceux prononcés dans l'affaire *Riopel*.

A. *L'affaire AES*

- (1) La Cour supérieure du Québec, la juge Borenstein, 2009 QCCS 790 (CanLII)

[17] Sur la base d'admissions de faits déposées par les parties, la Cour supérieure fait droit à la requête en rectification, reconnaissant que la procédure

proceeding was not prohibited under Quebec's rules of civil procedure. Borenstein J. held that Quebec civil law authorizes a certain form of rectification to reflect the true intention of the parties to a contract. She therefore authorized the modification of all the documents relating to the transaction, declared that the amendments could be set up against the tax authorities and made them retroactive to the date originally intended for the transaction.

- (2) Quebec Court of Appeal, Chamberland, Morissette and Kasirer J.J.A., 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045

[18] In a unanimous decision, the Court of Appeal affirmed the Superior Court's judgment. The Court of Appeal saw no impediment to the respondents' motion in Quebec's rules of civil procedure. According to the Court of Appeal, the courts have the power in Quebec civil law to correct acts in order to give effect to the parties' true common intention, and there is no need to import the common law doctrine of rectification into Quebec's law of obligations. In its opinion, art. 1425 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), authorizes the correction of a discrepancy between the common intention of the parties and the intention declared in the acts, provided that the application is legitimate and that the correction does not affect the rights of third parties (paras. 17-20). The Court of Appeal concluded that the application was legitimate and did not affect the rights of the tax authorities.

B. *Riopel*

- (1) Quebec Superior Court, Nantel J., 2010 QCCS 1576 (CanLII)

[19] The trial judge found, first, that no agreement of wills that would have led to the formation of a contract had resulted from the meeting of September 1, 2004 between the parties and their advisors. Furthermore, in any event, the alleged error was more than just a clerical error, which is the only type of error a court can correct. What was in fact being sought was a substantive restructuring of

civile québécoise n'interdit pas la procédure présentée par les intimés. La juge Borenstein décide que le droit civil du Québec autorise une certaine forme de rectification afin de refléter l'intention réelle des parties à un contrat. Elle permet donc la modification de tous les documents relatifs à la transaction, déclare ces modifications opposables au fisc et leur donne effet rétroactivement à la date prévue à l'origine pour l'exécution de la transaction.

- (2) La Cour d'appel du Québec, les juges Chamberland, Morissette et Kasirer, 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045

[18] Un arrêt unanime de la Cour d'appel confirme le jugement de la Cour supérieure. La Cour d'appel ne voit aucun obstacle à la requête des intimées en procédure civile québécoise. Selon la Cour d'appel, le droit civil du Québec autorise les tribunaux à corriger les actes intervenus entre des parties de façon à donner effet à leur véritable intention commune, sans qu'il soit nécessaire d'importer dans le droit des obligations du Québec la doctrine de la rectification reconnue en common law. De l'avis de la Cour d'appel, l'art. 1425 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), permet de corriger l'écart entre l'intention commune des parties et l'intention déclarée dans les actes, pourvu que la demande soit légitime et que la correction effectuée ne porte pas atteinte aux droits des tiers (par. 17-20). La Cour d'appel conclut que la demande est légitime et ne porte pas atteinte aux droits des autorités fiscales.

B. *L'affaire Riopel*

- (1) La Cour supérieure du Québec, la juge Nantel, 2010 QCCS 1576 (CanLII)

[19] La juge conclut d'abord qu'aucun accord de volonté conduisant à la formation d'un contrat ne serait intervenu à l'issue de la rencontre des parties avec leurs conseillers le 1^{er} septembre 2004. De plus, et quoi qu'il en soit, l'erreur invoquée dépasse le cadre de l'erreur matérielle, la seule que le tribunal soit habilité à corriger. Il s'agit en fait de modifier substantiellement la structure de la

the transaction, which the Superior Court did not have the power to authorize, since the common law doctrine of rectification does not apply in Quebec civil law.

- (2) Quebec Court of Appeal, Bich, Kasirer and Wagner JJ.A., 2011 QCCA 954 (CanLII)

[20] The Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment and granted the conclusions sought by the respondents with regard to rectification, giving them retroactive effect and declaring that they could be set up against the tax authorities. It based its judgment on the principles that had been laid down in *AES*, finding that the type of motion filed by the respondents is available under Quebec's rules of civil procedure. A court may, without applying the common law doctrine of rectification but by way of interpretation in accordance with art. 1425 *C.C.Q.*, recognize the parties' true agreement and find that it does not correspond to their declared will. The Court of Appeal held that, in light of the evidence, it was therefore open to the Superior Court to correct the identified errors in the documents.

IV. Analysis

A. *Issues and Positions of the Parties*

[21] The issues raised by these two appeals lie on the line between the law of obligations and tax law. To resolve them, it will be important to properly identify the legal nature of the parties' transactions and the instruments they used to conduct them. First, however, I must consider how the parties identify and frame the issues and how they propose to resolve them. I will then explain how I define and characterize the issues raised by these cases and how I would resolve them.

[22] The ARQ takes the same position in both *AES* and *Riopel* while noting the distinctive features of their respective fact situations. In brief, the ARQ first argues that there is nothing in the *Code of*

transaction, ce qui ne relève pas du pouvoir de la Cour supérieure, la doctrine de la rectification reconnue par la common law ne s'appliquant pas en droit civil québécois.

- (2) La Cour d'appel du Québec, les juges Bich, Kasirer et Wagner, 2011 QCCA 954 (CanLII)

[20] La Cour d'appel casse le jugement de la Cour supérieure et accueille les conclusions en rectification recherchées par les intimés, leur donnant un effet rétroactif et les rendant opposables au fisc. Son jugement adopte les principes établis antérieurement dans l'arrêt *AES* et reconnaît que la procédure civile québécoise autorise le type de requête déposée par les intimés. Sans appliquer la doctrine de la rectification reconnue en common law, le tribunal peut par interprétation, en vertu de l'art. 1425 *C.c.Q.*, reconnaître le véritable accord intervenu entre les parties et constater qu'il ne correspond pas à leur volonté déclarée. Selon la Cour d'appel, à la lumière de la preuve, la Cour supérieure pouvait donc corriger les erreurs décelées dans les documents.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige et la position des parties*

[21] Ces deux pourvois soulèvent des problèmes situés aux frontières du droit des obligations et du droit fiscal. Pour dégager des solutions répondant à ces problèmes, il importe d'identifier correctement la nature juridique des opérations effectuées par les parties et des instruments qu'elles ont employés pour les réaliser. Toutefois, il me faudra d'abord examiner la manière dont les parties identifient et formulent les questions en jeu, ainsi que les réponses qu'elles proposent d'y apporter. J'exposerai ensuite comment je définis et qualifie les problèmes posés par ces dossiers et les solutions que je retiens.

[22] Dans les deux affaires, *AES* et *Riopel*, l'ARQ a adopté des positions identiques, tout en notant les particularités de leur situation de faits respective. En bref, l'ARQ plaide d'abord que rien dans le *Code*

Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 (“*C.C.P.*”), that authorizes the Superior Court to consider the type of motion the respondents have made. The *C.C.P.* does not authorize a court to rectify or amend a contract. The basis for a power to do so would have to be found in the substantive law established in the *C.C.Q.* However, the ARQ argues, the power to interpret contracts provided for in art. 1425, on which the Court of Appeal relied in granting the applications, does not apply in these cases, since they do not involve interpretation in the true sense. Only “clerical” errors can be corrected under art. 1425, but the errors relied on by the respondents are not clerical errors. According to the ARQ, the errors alleged by the taxpayers relate only to the economic consequences of their transactions and do not even form a basis for an action to annul for one of the causes provided for in the *C.C.Q.* Thus, the ARQ submits that it can still rely on the agreements in the form in which they were originally set down in writing and that the changes subsequently made to their wording to record the “original” agreement may not be set up against it.

[23] The Attorney General of Canada has intervened in both the appeals in support of the ARQ. According to him, the power of the courts to correct supposedly defective writings is limited in Quebec civil law to the correction of clerical errors. Thus, the proceedings instituted in *Riopel* and in *AES* have no basis in the civil law. He agrees with the ARQ that the Court of Appeal gave too broad a scope to the power to interpret contracts provided for in art. 1425 *C.C.Q.* Finally, the Attorney General of Canada criticizes the common law courts for unduly extending the concept of rectification in tax cases since the Ontario Court of Appeal’s decision in *Canada (Attorney General) v. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728. In any event, he argues, this concept of rectification does not apply in the civil law context. In his view, this Court should even intervene to correct that part of the case law and bring it into line with the Court’s most recent decisions in this regard.

de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »), n’autorisait la Cour supérieure à se saisir du type de requête présentée par les intimés. Le *C.p.c.* ne permettrait pas aux tribunaux de rectifier ou de modifier un contrat. Il faudrait trouver le fondement d’un tel pouvoir dans le droit substantiel établi par le *C.c.Q.* Or, selon l’ARQ, le pouvoir d’interprétation des contrats prévu par l’art. 1425 dont s’est prévalu la Cour d’appel pour accueillir les demandes ne trouvait pas application dans les présents cas. En effet, il ne s’agissait pas d’un exercice d’interprétation au sens propre du terme. Seules les erreurs dites matérielles pourraient être corrigées par cette voie. Les erreurs soulevées par les intimés ne constituaient pas des erreurs de ce type. D’après l’ARQ, les erreurs invoquées par les contribuables ne porteraient que sur les conséquences économiques de leurs transactions et ne donneraient même pas lieu à un recours en annulation pour l’une des causes reconnues par le *C.c.Q.* L’ARQ affirme par conséquent qu’elle peut toujours se fonder sur les ententes dans la forme où elles ont été consignées par écrit à l’origine et que les modifications apportées subséquemment à leur texte pour constater la soi-disant entente originale ne lui sont pas opposables.

[23] Dans les deux appels, le procureur général du Canada s’est porté intervenant au soutien de l’ARQ. D’après le procureur général, en droit civil québécois le pouvoir des tribunaux de corriger des écrits censément défectueux se limite aux erreurs matérielles. Les procédures engagées dans les affaires *Riopel* et *AES* ne posséderaient donc aucun fondement en droit civil. Comme l’ARQ, il argue que la Cour d’appel a donné une portée trop étendue au pouvoir d’interprétation des contrats prévu par l’art. 1425 *C.c.Q.* Enfin, le procureur général du Canada critique la jurisprudence de common law qui aurait indûment élargi la notion de rectification en matière fiscale depuis l’arrêt prononcé par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Canada (Attorney General) c. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728. De toute manière, cette conception de la rectification serait irrecevable en droit civil. D’après le procureur général du Canada, notre Cour devrait même intervenir pour corriger cette jurisprudence et la rendre conforme à ses arrêts les plus récents en la matière.

[24] The respondents in *AES* and in *Riopel* advance arguments that are substantially similar despite the significant differences in their respective fact situations. They submit, first, that their proceedings are not precluded by Quebec's rules of civil procedure. AES and Centre technologique even seem to suggest that the Superior Court's implicit powers could form one legal basis for a procedure for the correction of contracts. In oral argument, the respondents in *AES* and in *Riopel* forcefully stressed that they are not asking for the annulment of the contracts at issue. On the contrary, far from seeking to amend their agreements, they want the true nature of the agreements to be established and recognized so as to ensure that their declared will, as expressed in their written documents, is consistent with their true intention. In their view, that would be an interpretation exercise permitted by art. 1425 *C.C.Q.* Finally, the respondents deny that they are trying to import the common law doctrine of rectification into the civil law. Rather, the form of rectification they are invoking is one for which a proper basis exists in the civil law of Quebec, in the law of obligations, and that is consistent with the principles of that area of the law. They argue that the correction of the writings can have retroactive effect and can be set up against the tax authorities.

B. *Nature of the Issues*

[25] Thus, the dispute between the parties raises both procedural and substantive issues. First, are the proceedings instituted by the respondents consistent with Quebec's rules of civil procedure? And second, are the respondents' proceedings to amend or correct contracts, which the Court of Appeal found to be acceptable, permitted in Quebec civil law? This second issue is the main one. The procedural issues raised in these cases are of only minor importance.

[26] However, the way the evidence was adduced in these cases certainly had a significant impact on the consideration of the issues, as it facilitated proof of the taxpayers' allegations. In *AES*, the evidence consists of written admissions and exhibits

[24] Des moyens fondamentalement semblables ont été soulevés par les intimés dans *AES* et *Riopel*, malgré les différences significatives entre leur situation de faits respective. En premier lieu, la procédure civile du Québec ne ferait pas obstacle aux recours entrepris. AES et Centre technologique semblent même suggérer que les pouvoirs implicites de la Cour supérieure pourraient constituer l'une des bases juridiques d'un recours en correction de contrats. Dans leurs plaidoiries, les intimés dans les affaires *AES* et *Riopel* ont souligné avec insistance qu'ils ne demandent pas la nullité des contrats en litige. Au contraire, loin de chercher à modifier leurs ententes, ils entendent plutôt faire établir et reconnaître la véritable nature des accords qu'ils ont conclus, pour que l'expression de volonté déclarée dans leurs écrits soit conforme à leur intention réelle. Pour eux, il s'agit là d'une opération d'interprétation permise par l'art. 1425 *C.c.Q.* Enfin, les intimés se défendent de vouloir importer en droit civil la doctrine de la rectification reconnue en common law. La forme de rectification qu'ils invoquent constituerait une application correcte du droit civil du Québec en matière d'obligations et respectueuse de ses principes. La correction des écrits pourrait avoir un effet rétroactif et être opposable au fisc.

B. *La nature des questions en litige*

[25] Le débat entre les parties soulève donc des questions procédurales et substantielles. Premièrement, les recours entrepris sont-ils compatibles avec la procédure civile du Québec? Deuxièmement, le droit civil québécois permet-il les opérations de modification ou de correction de contrats réalisées par les intimés et dont la Cour d'appel a reconnu la recevabilité? Cette deuxième question constitue la question principale. Les problèmes procéduraux soulevés par ces affaires ne revêtent qu'une importance mineure.

[26] Toutefois, la façon dont la preuve a été présentée dans ces dossiers a certainement eu un impact appréciable sur l'examen des questions en litige, car elle a facilité la preuve des allégations des contribuables en l'occurrence. Dans *AES*, la

filed jointly by the parties at trial. In *Riopel*, the respondents presented extensive documentary and testimonial evidence — to which no objections were made — in the Superior Court in order to establish what they alleged to be the true nature of their agreement and the errors made by their advisors in carrying it out. The admissibility of that evidence was not at issue at trial. The relevant questions of law must therefore be considered and decided on the basis of that uncontested evidence establishing the nature of the agreements that resulted from the exchanges of consents between the parties. Nevertheless, to help in resolving similar cases in the future, I should, in view of how the evidence was adduced, make a few comments on the possible impact of the rules of evidence on the resolution of substantive issues. It must first be determined whether the agreements in question are contracts in the civil law sense.

C. *Concept of Contract*

[27] Although the civil law concept of contract is, generally speaking, clearly understood, these two cases show that there can sometimes be disagreement, in a given situation, over whether a contract legally exists and over the time at which the contract is formed and binds the parties. The parties do not always agree on the content of the contract or on the point at which it crossed the threshold of legal existence. In this context, a review of some basic concepts will be helpful.

[28] In Quebec civil law, the contract is defined in the law of obligations as an agreement of wills for the purpose of carrying out juridical operations. The formation of a contract is subject to the principle of consensualism. A contract is formed by the exchange of consents. No particular form is required except where the legislature intervenes to impose one. The common intention of the parties is not equivalent to the expression — oral or written — of their declared will. As a general rule, the writing is not an autonomous act, unlike such documents as bills of exchange and certain types of letters of guarantee, that in a sense become the

preuve consiste dans des admissions écrites et des pièces produites conjointement par les parties en première instance. Dans *Riopel*, les intimés ont présenté en Cour supérieure, sans aucune objection de leurs adversaires, une preuve documentaire et testimoniale étoffée afin d'établir la nature, selon eux, de leur véritable entente, ainsi que les erreurs commises par leurs conseillers dans la concrétisation de cette entente. L'admissibilité de ces preuves n'a pas été débattue au procès. Les questions de droit en litige doivent donc être examinées et réglées sur la base de cette preuve non contestée, qui établit la nature des ententes sur lesquelles ont porté les échanges de consentement intervenus entre les parties. Toutefois, afin d'aider à la résolution d'affaires futures analogues, il faudra, eu égard à ces modes de constitution de la preuve, faire quelques rappels au sujet de l'effet possible des règles de preuve à l'égard des questions substantielles. Il faut tout d'abord se demander s'il s'agit de contrats au sens du droit civil.

C. *La notion de contrat*

[27] Bien que la notion de contrat soit généralement bien comprise en droit civil, ces deux affaires démontrent qu'il arrive parfois que l'on ne s'accorde pas, dans une situation donnée, sur l'existence juridique d'un contrat et sur le moment où celui-ci se forme et lie les parties. En effet, on ne s'entend pas toujours sur ce que l'on considère comme le contrat ni sur le moment où il aurait franchi le seuil de l'existence juridique. Dans ce contexte, il s'avère utile de rappeler quelques notions fondamentales.

[28] En droit civil québécois, le droit des obligations définit le contrat comme un accord de volonté visant à réaliser des opérations juridiques. La conclusion du contrat est soumise au principe du consensualisme. Il se réalise par l'échange des consentements. Il n'exige aucune forme particulière, sauf lorsque le législateur intervient et l'impose. La commune intention des parties ne se confond pas avec l'expression — orale ou écrite — de la volonté déclarée. En règle générale, l'écrit ne constitue pas un acte autonome comme la lettre de change ou certaines formes de lettres de garantie, où le document devient en quelque sorte l'engagement

undertaking and are usually disconnected from the circumstances that led to their creation (*Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 59, at pp. 70-71; *Banque de Montréal v. Européenne de Condiments S.A.*, [1989] R.J.Q. 246 (C.A.); N. L'Heureux, É. Fortin and M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4th ed. 2004), at pp. 290-92).

[29] These appeals will therefore require a reflection on contracts. What is a contract and when does it come into existence? What is the relationship between a contract and the expression thereof?

[30] Article 1378 *C.C.Q.* defines a contract as “an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation”. A contract is an agreement that is intended to produce legal effects (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 53; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 51, § 20; P.-G. Jobin and N. Vézina, eds., *Les obligations* (7th ed. 2013), at p. 82; J. Ghestin, “La notion de contrat” (1990), 12 *Droits* 7, at p. 19). The creation of legal effects that bind the parties is the distinctive function of the contract. The formation of a contract requires agreement on an object, which is defined in art. 1412 *C.C.Q.* as “the juridical operation envisaged by the parties” at the time of the contract’s formation. Furthermore, the contract gives rise to an obligation (art. 1372 *C.C.Q.*), the object of which is “the prestation that the debtor is bound to render to the creditor” (art. 1373 *C.C.Q.*). The prestation itself may relate to any property, but the property must be sufficiently determinate or determinable in accordance with objectively verifiable standards or practices of determination or calculation (art. 1374 *C.C.Q.*; Jobin and Vézina, at pp. 34-35; J. Deslauriers, *Vente, louage, contrat d’entreprise ou de service* (2nd ed. 2013), at para. 67; B. Moore, *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), by P.-C. Lafond, ed., fasc. 1, at p. 26; B. Moore, “Flexible contrat”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (2012), 569, at p. 574). Once an agreement of wills is reached in accordance with these principles, the contract establishes a set of rules applicable to the

et se trouve le plus souvent coupé du contexte qui a entraîné sa création (*Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 59, p. 70-71; *Banque de Montréal c. Européenne de Condiments S.A.*, [1989] R.J.Q. 246 (C.A.); N. L'Heureux, É. Fortin et M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4^e éd. 2004), p. 290-292).

[29] Les présents pourvois imposent par conséquent une réflexion sur le contrat. Qu’est-ce qu’un contrat et quand naît-il? Quels rapports existent entre le contrat et son expression?

[30] L’article 1378 *C.c.Q.* définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». Le contrat constitue une entente destinée à produire des effets de droit (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), par. 53; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 51, § 20; P.-G. Jobin et N. Vézina, dir., *Les obligations* (7^e éd. 2013), p. 82; J. Ghestin, « La notion de contrat » (1990), 12 *Droits* 7, p. 19). La création d’effets juridiques liant les parties représente la fonction distinctive du contrat. La formation du contrat exige une entente sur un objet, qui est défini à l’art. 1412 *C.c.Q.* comme étant « l’opération juridique envisagée par les parties » au moment de la conclusion du contrat. De plus, le contrat donne naissance à l’obligation (art. 1372 *C.c.Q.*), dont l’objet est « la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier » (art. 1373 *C.c.Q.*). La prestation, pour sa part, peut porter sur tout bien, mais celui-ci doit être suffisamment déterminé ou déterminable selon des normes ou des méthodes de fixation ou de calcul vérifiables objectivement (art. 1374 *C.c.Q.*; Jobin et Vézina, p. 34-35; J. Deslauriers, *Vente, louage, contrat d’entreprise ou de service* (2^e éd. 2013), par. 67; B. Moore, *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), par P.-C. Lafond, dir., fasc. 1, p. 26; B. Moore, « Flexible contrat », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (2012), 569, p. 574). Une fois l’accord de volonté réalisé conformément à ces principes, le contrat établit entre les parties un ensemble de règles, ayant valeur de

parties, which have legal authority for them, for the purpose of carrying out what thereby becomes a common operation or plan.

[31] From this perspective, for a contract to exist and become a legal reality, the parties' undertakings must be sufficiently precise to establish the details of the contemplated operation. In some cases, the details of the operation will be clear immediately. In other cases, a plan will take shape gradually and will come into legal existence as a contract that is binding on the parties and represents the law applicable to them once its details are sufficiently clear.

[32] Moreover, as I mentioned above, the formation of a contract is subject to the principle of consensualism. In principle, it does not require a physical sign or medium. In Quebec civil law, a contract is formed by a meeting of the parties' minds, as is confirmed by art. 1385 *C.C.Q.* As a rule, the formation of a contract does not depend on the adoption of a particular form. It is true that agreements are often required by law to be in writing, one example being the marriage contract, which must be in authentic form and established by a notarial act. In other cases, particularly those involving types of contracts that are highly regulated, as in the field of consumer law, a writing is required and detailed formal requirements must be met. Nevertheless, the principle remains the same. A contract is distinct from its physical medium. In the Quebec law of obligations, a distinction is maintained between the "*negotium*" and the "*instrumentum*", to repeat the words used by the Court of Appeal in the cases at bar, that is, between the common intention and the declared will. The agreement lies in the common intention, despite the importance — as between the parties and in relation to third parties — of the declaration, oral or written, of that intention.

[33] The existence of formal requirements for acts contributes to the complexity of the legal environment of contracts. The use of a written instrument may also bring into play certain requirements of the law of civil evidence that reflect a concern with protecting the legal certainty and the

loi pour elles, en vue de réaliser une opération ou un projet devenu commun par là même.

[31] Dans cette optique, l'existence d'un contrat et son émergence à la vie juridique présuppose que les engagements des parties sont suffisamment précis pour établir les paramètres de l'opération envisagée. Dans certains cas, les paramètres de l'opération seront immédiatement clairs. Dans d'autres, un projet se précisera graduellement, jusqu'à ce que ses paramètres soient suffisamment clairs pour qu'il accède à l'existence juridique comme contrat liant les parties et constituant leur loi commune.

[32] Par ailleurs, comme je l'ai rappelé précédemment, le principe du consensualisme gouverne la formation du contrat. Celle-ci n'exige pas en principe un signe ou support matériel. En droit civil québécois, le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties, comme le confirme l'art. 1385 *C.c.Q.* En principe, la formation du contrat ne dépend pas de l'adoption d'une forme particulière. Certes, la loi exige souvent l'écrit pour donner effet à l'entente, par exemple en imposant la forme authentique et le recours à l'acte notarié, comme dans le cas des contrats de mariage. Dans d'autres cas, particulièrement celui de catégories de contrats fortement réglementés, comme en droit de la consommation, il faudra recourir à l'écrit et respecter des exigences de forme détaillées. Cependant, le principe demeure. Le contrat se distingue de son support matériel. Le droit des obligations du Québec maintient la distinction entre le « *negotium* » et l'« *instrumentum* », pour reprendre la terminologie utilisée par la Cour d'appel dans les affaires qui nous occupent, c'est-à-dire entre la volonté commune et la volonté déclarée. L'accord se trouve dans la volonté commune, malgré l'importance — entre les parties et à l'égard des tiers — de la déclaration, orale ou écrite, de cette volonté.

[33] La présence des exigences relatives à la forme des actes contribue à la complexité de l'environnement juridique des contrats. Le recours à l'écrit met aussi potentiellement en jeu certaines exigences du droit de la preuve civile qui traduisent le souci de protéger la sécurité juridique

stability of transactions. These requirements must be considered when going beyond the intention declared in the writing to determine the parties' true intention. Evidentiary requirements will also have an impact on the situations of third parties or assignees whose interests are alleged to be affected by the contract.

[34] In these two cases, therefore, this Court is concerned with the relationship between what the parties claim to have been their true intention and their declared will. Because the testimonial and documentary evidence was adduced without any objections, the requirements of the law of evidence are of no consequence in the analysis on this issue.

[35] Obviously, the validity of consent depends on its integrity. Various types of errors may vitiate consent. Moreover, the contract belongs to the parties. They are free as between themselves, although this is subject to any rights acquired by third parties, to amend or annul the contract and the documents recording it. This means that there is nothing to prevent them from acknowledging the existence of a common error and agreeing to correct it by mutual consent. Although the contract as defined in the *C.C.Q.* remains the law applicable to the parties, the parties are free to annul their contract or modify its terms (art. 1439 *C.C.Q.*). In a sense, the result is a new contract whose purpose is to modify or extinguish the existing agreement. In light of these principles, I must now determine whether the parties to the transactions at issue entered into contracts and, if they did, inquire into the content of those contracts and of the acts and documents that are alleged to have expressed the agreements of wills.

D. *Nature of the Juridical Operations in Riopel and AES*

[36] In *Riopel*, the fact situation is clear and well established. It is not open to dispute that, on September 1, 2004, the parties reached a verbal agreement to carry out a detailed tax plan, the essential terms of which had been recommended to them by their tax advisors. That agreement was a contract within the meaning of the *C.C.Q.* The

des transactions et leur stabilité. Il faut prendre ces exigences en compte lorsqu'on restructure la volonté réelle des parties au-delà de la volonté déclarée dans l'écrit. Les exigences en matière de preuve ont aussi une incidence sur la situation des tiers ou ayants droit dont les intérêts seraient touchés par le contrat.

[34] Dans ces deux dossiers, notre Cour est donc saisie du problème des rapports entre ce que les parties décrivent comme étant leur véritable intention et ce qui constitue leur volonté déclarée. Cette question peut être analysée sans qu'interviennent les exigences du droit de la preuve, vu l'existence de la preuve testimoniale et documentaire constituée sans objection.

[35] Évidemment, la validité d'un consentement dépend de son intégrité. Diverses formes d'erreur sont susceptibles de le vicier. De plus, le contrat appartient aux parties. Entre elles, mais sous réserve des droits qui ont pu être acquis par des tiers, les parties sont libres de modifier ou d'annuler le contrat et les documents qui le constatent. Ainsi, rien ne les empêche de reconnaître l'existence d'une erreur commune et de convenir de la corriger de consentement mutuel. Si le contrat du *C.c.Q.* demeure la loi des parties, celles-ci restent libres de l'annuler ou d'en modifier les termes (art. 1439 *C.c.Q.*). En un sens, il s'agirait là d'un nouveau contrat destiné à modifier ou à éteindre l'entente existante. Sur la base de ces principes, je dois maintenant déterminer si des contrats sont intervenus entre les parties aux transactions en cause et, dans l'affirmative, quel est leur contenu et celui des actes et documents qui auraient exprimé les accords de volonté.

D. *La nature des opérations juridiques dans les affaires Riopel et AES*

[36] Dans l'affaire *Riopel*, la situation factuelle est claire et bien établie. On ne saurait contester que, le 1^{er} septembre 2004, les parties se sont entendues verbalement pour réaliser une planification fiscale détaillée, dont les modalités essentielles leur avaient été recommandées par leurs conseillers fiscaux. Cette entente constituait un contrat au sens

agreement of wills defined all the operations and acts required to carry out the share transfers and corporate amalgamation in such a way as to defer the tax liability associated with those transactions by following procedures provided for in tax legislation. The agreement established timeframes for executing the acts and specified the order in which they were to be completed. It required a variety of writings to be drawn up, including contracts, company resolutions, articles of amalgamation, and tax forms that had to be prepared and sent. Those writings gave effect to and recorded the agreement, but the agreement itself nevertheless existed as of September 2004.

[37] The agreement of wills was not implemented properly, however. The parties' advisors made two errors in succession. First, they reversed the order of the corporate amalgamation and the transfer of Ms. Archambault's shares. Because that error prevented the deferral of tax, they tried to correct it. To do so, they amended the original acts and had their clients sign the amended acts without explaining the nature of the amendments to them.

[38] After the tax authorities issued the notices of assessment and the errors made in drafting the writings associated with the transaction were discovered, the parties agreed to give effect to their original agreement by amending the defective acts that expressed it incorrectly.

[39] Although the fact situation in *AES* is different, the admissions in the record confirm the existence of a tax planning agreement. The parties had agreed on share transfers involving a rollover transaction that would be conducted in accordance with the procedures provided for in the relevant tax legislation and was based on a supposedly accurate calculation of the ACB of the transferred shares. The agreement, the intended effect of which was to defer the tax payable, was vitiated by the error made in calculating the ACB. One aspect of the consideration paid for the transferred shares was the issuance and delivery of a note for an amount equal to that of their ACB. The agreement with respect to this particular prestation was dependent

du *C.c.Q.* En effet, l'accord de volonté déterminait l'ensemble des opérations et des actes à accomplir pour réaliser des cessions d'actions et une fusion de sociétés, et ce, d'une manière propre à assurer le report des obligations fiscales afférentes à ces transactions en utilisant des procédures prévues par les lois fiscales. L'entente prévoyait des échéanciers d'exécution des actes et l'ordre dans lequel ceux-ci devraient être complétés. Cet accord exigeait la rédaction de plusieurs écrits de nature diverse : contrats, résolutions de compagnie, statuts de fusion, rédaction et transmission des formulaires fiscaux, etc. Ces écrits ont donné effet à l'entente et l'ont constatée, mais elle n'en existait pas moins dès le mois de septembre 2004.

[37] Cet accord de volonté a cependant reçu une exécution défectueuse. Les conseillers des parties ont commis deux erreurs successives. D'abord, ils ont interverti l'ordre de la fusion des sociétés commerciales et de la cession des actions de M^{me} Archambault. Comme cette erreur empêchait le report des impôts, ils tentèrent de la corriger. À cette fin, ils modifièrent les actes originaux et les firent signer par leurs clients, sans leur expliquer la nature des changements effectués.

[38] Après l'établissement des avis de cotisation par le fisc et la découverte des erreurs commises dans la rédaction des écrits relatifs à la transaction, les parties ont convenu de donner effet à leur entente originale, en modifiant les actes défectueux qui l'avaient mal exprimée.

[39] Bien que l'affaire *AES* présente une situation factuelle différente, les admissions déposées au dossier confirment l'existence d'une entente en vue de réaliser une planification fiscale. On s'était entendu sur des transferts d'actions qui comportaient une opération de roulement, conformément aux modalités prévues par les lois fiscales pertinentes, sur la base d'un calcul censément exact du PBR des actions transférées. Cette entente, qui devait avoir pour effet de reporter l'impôt payable, a été viciée par l'erreur commise dans le calcul de ce PBR. En effet, un aspect de la contrepartie versée pour la cession des actions consistait dans l'émission et la remise d'un billet égal au montant de leur PBR. L'accord sur cette prestation particulière dépendait

on the ACB being accurate, and therefore on its being consistent with s. 86 of the *Income Tax Act* and the corresponding provisions of Quebec's *Taxation Act*. At the time of the agreement of wills, the ACB was at the very least determinable by means of accepted accounting principles and practices (V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9th ed. 2006), at pp. 1206-7). Given the importance of this factor, the error made in establishing or calculating the ACB could no doubt have served, under the law of obligations, as a basis for annulling the contract at the initiative of one of the parties.

[40] Instead, the parties agreed to correct the error by amending the documents that recorded and implemented their agreement, including the necessary tax forms, thereby restoring the integrity of their original agreement. The amendments made to the contract documents eliminated the inconsistency between the parties' original agreement and the manner in which it had been expressed.

[41] In light of these conclusions on the nature of the parties' agreements, and in view of the context established by the evidence in this regard, it will be necessary to determine whether the proceedings instituted by the respondents in *AES* and in *Riopel* are admissible and whether the conclusions they seek are acceptable. It must be asked whether, within the civil law's legal framework for the law of obligations, the tax authorities can rely on acts that have been proved to contain errors, or whether such acts can be amended so that the taxpayers can have their tax situation subsequently assessed on the basis of the amended acts.

E. *Situation of the Revenue Agencies*

[42] The appellant, the ARQ, and the intervener, the Attorney General of Canada, find themselves engaged in a dispute regarding the nature and effect of certain operations carried out by the respondents that involve the application of Quebec civil law. As we have already seen, however, the acts in question have tax consequences. This interplay of the civil law and tax law limits the scope of this Court's

de l'exactitude du PBR, donc de sa conformité à l'art. 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et aux dispositions correspondantes de la *Loi sur les impôts* du Québec. Ce PBR était au moins déterminable au moment de l'accord des volontés, par l'application de principes et méthodes comptables reconnus (V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9^e éd. 2006), p. 1206-1207). En raison de l'importance de ce facteur, l'erreur commise dans la détermination ou le calcul du PBR aurait pu sans doute constituer, à l'initiative de l'une des parties, une cause d'annulation du contrat selon le droit des obligations.

[40] Les parties ont plutôt convenu de corriger cette erreur en modifiant les documents qui constataient et exécutaient leur entente, y compris les formulaires fiscaux nécessaires. Les parties rétablissaient ainsi l'intégrité de leur entente originale. Ces modifications apportées à la documentation contractuelle faisaient disparaître l'incompatibilité entre l'entente originale des parties et l'expression qui lui avait été donnée.

[41] À la lumière de ces conclusions sur la nature des ententes intervenues entre les parties et eu égard au contexte établi par la preuve à ce sujet, il s'agit d'examiner la recevabilité des procédures entamées par les intimés dans les affaires *AES* et *Riopel* et l'admissibilité des conclusions qu'ils recherchent. Il faut se demander si, dans le cadre juridique défini par le droit civil des obligations, le fisc peut se fonder sur des actes comportant des erreurs démontrées par la preuve, ou si ces mêmes actes peuvent être modifiés, pour que la situation fiscale des contribuables en cause soit appréciée plus tard sur cette nouvelle base.

E. *La situation des agences du Revenu*

[42] L'appelante ARQ et le procureur général du Canada intervenant se trouvent engagés dans un débat relatif à la nature et à l'effet de certaines opérations effectuées par les intimés impliquant la mise en œuvre du droit civil du Québec. Toutefois, comme on l'a vu précédemment, les actes accomplis produisent des incidences fiscales. Cette interaction du droit civil et du droit fiscal limite le

intervention, and of that of the Court of Appeal and the Superior Court.

[43] Actual challenges to the notices of assessment issued in these cases would have to be raised in the courts on which the tax legislation has conferred jurisdiction over such matters. As this Court pointed out with regard to an attempt to use the judicial review process to respond to the issuance of notices of assessment, the specific avenues established by Parliament for tax appeals cannot be circumvented (*Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793, at para. 11; see also C. Campbell, *Administration of Income Tax 2013* (2013), at pp. 564-70). This means that a court dealing with a challenge relating to civil aspects of a transaction with tax implications does not have the authority to rule on notices of assessment that were issued or notices of objection that were filed in respect of that transaction. The validity and effects of the notices in question must instead be determined, if necessary, by the courts that have been assigned jurisdiction over such matters. It would also be up to those courts to consider the consequences of judgments rendered by the civil courts with respect to the transactions that led to the issuance of the notices of assessment.

[44] Nevertheless, the dispute in the two appeals before us necessarily concerns the ARQ and the CRA. Because of their situations, it must be asked whether they can rely on acquired rights to have an erroneous writing continue to apply even though the existence of an error has been established and it has been shown that the documents filed with the tax authorities are inconsistent with the parties' true intention.

[45] For such a conclusion to be reached, it would have to be found that, once the respondents completed their operations, the revenue agencies became special assignees that were entitled to collect part of the economic proceeds of the transactions, and that they could rely forever on the parties' declared will. I do not dispute the fact that the tax collection procedures, remedies and types of security established by law to facilitate the recovery of tax debts give the agencies rights in the proceeds of a variety of juridical operations. For example,

champ d'intervention de notre Cour, ainsi que celui de la Cour d'appel et de la Cour supérieure.

[43] Les contestations proprement dites des avis de cotisation établis dans ces dossiers reflètent des juridictions auxquelles les lois fiscales ont donné compétence dans ces matières. Comme notre Cour l'a rappelé à propos d'une tentative d'utilisation des mécanismes du contrôle judiciaire à l'égard de l'établissement de certains avis de cotisation, on ne saurait court-circuiter les voies d'appel particulières établies par le Parlement dans le domaine fiscal (*Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793, par. 11; voir aussi C. Campbell, *Administration of Income Tax 2013* (2013), p. 564-570). Ce principe signifie que les tribunaux saisis d'une contestation relative à des aspects civils d'une transaction ayant des implications fiscales ne peuvent statuer sur les avis de cotisation et les avis d'opposition établis ou déposés à l'égard de cette transaction. Il appartiendra plutôt aux juridictions déclarées compétentes en la matière de se prononcer sur la validité et les effets de cet avis, s'il y a lieu de le faire. Il leur reviendra aussi d'évaluer les conséquences des jugements rendus par les cours civiles au sujet des opérations à l'origine des avis de cotisation.

[44] Par contre, le débat en cours dans les deux appels que nous examinons concerne nécessairement l'ARQ et l'ARC. En raison de leur position, il faut se demander si elles peuvent invoquer des droits acquis au maintien d'un écrit erroné, même si l'existence d'une erreur est établie et s'il est démontré que les documents transmis au fisc ne correspondent pas à la volonté réelle des parties.

[45] Pour juger en ce sens, il faudrait décider que, dès la conclusion des opérations des intimés, les Agences sont devenues des ayants droit particuliers — qui auraient obtenu le droit de percevoir une partie du produit économique des transactions — et qu'elles pouvaient se fonder définitivement sur la volonté déclarée des parties. Je ne conteste pas que les procédures de perception des impôts, les voies de recours et les sûretés diverses établies par la loi pour faciliter le recouvrement des créances fiscales accordent à ces organismes des droits dans le

they may become assignees of a series of claims or holders of rights in a trust in respect of certain property affected by transactions. Under the civil law itself, the agencies can also prove that simulation existed and demonstrate the true nature of transactions they allege to be shams. In addition, tax legislation may recharacterize contractual or economic transactions for its own purposes by overriding the legal categories established by the common law and the civil law. With the exception of such situations, however, tax law applies to transactions governed by, and the nature and legal consequences of which are determined by reference to, the common law or the civil law.

[46] But the parties are not yet at these later stages of their respective cases. For now, therefore, what must be determined is the true nature of the operations transacted in *AES* and *Riopel*. The tax consequences of this determination will, if necessary, be decided in another forum. This Court must decide whether the parties' juridical acts, which led to the notices of assessment, are consistent with their true common intention and whether the tax authorities are entitled to have an erroneous declaration of intention continue to apply. I will therefore consider whether the respondents have a right to amend the acts and documents expressing their common intention or to have them corrected, and to have the amended or corrected acts and documents recognized.

F. *Validity of Amendments to the Acts*

[47] The ARQ argues emphatically that under Quebec law the respondents cannot amend the documents associated with their tax planning. Its argument focuses primarily on two grounds. First, the courts should not have interpreted documents that were clear and unambiguous. It was not open to them to intervene to correct those acts on the basis of the power with respect to interpretation conferred on them in art. 1425 *C.C.Q.* Second, if there was an error, it would have to serve as the basis for an action to annul, not an attempt to correct the acts.

produit d'opérations juridiques variées. Par exemple, le fisc peut devenir cessionnaire d'un ensemble de créances ou titulaire de droits fiduciaires sur certains biens visés par des transactions. En droit civil proprement dit, le fisc peut aussi établir qu'il y a eu simulation et démontrer la nature réelle de transactions qu'il prétend être factices. De plus, les lois fiscales peuvent, pour leurs propres fins, requalifier des opérations contractuelles ou économiques en mettant de côté les catégories juridiques établies par la common law et le droit civil. Sous réserve de telles situations, toutefois, le droit fiscal vise des opérations régies par la common law ou le droit civil, dont les règles en déterminent la nature et les conséquences juridiques.

[46] Cependant, les parties n'en sont pas encore à ces étapes ultérieures de leur dossier respectif. Il faut donc pour l'instant déterminer la nature réelle des opérations effectuées dans les affaires *AES* et *Riopel*. Les conséquences fiscales de cette détermination seront, s'il y a lieu, réglées devant un autre tribunal. Notre Cour doit décider si les actes juridiques accomplis par les parties et qui sont à l'origine des avis de cotisation correspondent à l'intention réelle commune des parties et si le fisc a droit au maintien d'une déclaration de volonté erronée. Je vais donc me pencher sur le droit des intimés de modifier ou de faire corriger les actes et documents exprimant leur volonté commune, et d'obtenir la reconnaissance de ceux-ci.

F. *La validité de la modification des actes*

[47] L'ARQ a contesté avec vigueur la possibilité dont disposeraient les intimés, en droit québécois, de modifier les documents relatifs à leurs planifications fiscales. Deux moyens ressortent principalement de son argumentation. En premier lieu, il n'y avait pas lieu pour les tribunaux d'interpréter des documents qui étaient clairs et ne comportaient aucune ambiguïté. Les tribunaux ne pouvaient intervenir pour corriger ces actes en vertu du pouvoir d'interprétation que leur reconnaît l'art. 1425 *C.c.Q.* En second lieu, s'il existait une erreur, elle aurait dû constituer la base d'un recours en annulation, non d'une tentative de correction des actes.

[48] In the context of the application of art. 1425 C.C.Q., I agree with the Court of Appeal that the determination of the common intention, or will, of the parties represents a true exercise of interpretation. The discrepancy seen in the evidence between the common intention of the parties and the expression of that intention — or the declared will — in itself raises an interpretation issue. It is necessary to determine what the parties intended and where that intention can be found, in the initial exchange of consents or in the written expression thereof. A court must resolve this discrepancy, and under art. 1425, it is not limited to determining what the parties intended, but can also determine where their intention is to be found. Often, this will involve employing various techniques of interpretation to ascertain the meaning of words or expressions in an act in order, if necessary, to fill gaps in the text or find content in it that can be well hidden.

[49] In these two appeals, the determination of meaning goes back to the root of the obligation. Which should prevail, the proven common intention or the intention identified in the apparent act? Although the interpretation exercise comes down to this basic choice, its purpose nevertheless continues to be to seek the parties' intention in accordance with art. 1425 C.C.Q. (F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2002), at p. 31). The situation that emerges from the evidence in the case before the court is of critical importance to this choice. If there had been a dispute between the parties about the nature of their intention or if third parties had acquired rights in relation to the legal situation created by the acts, the law of evidence in civil matters would have placed certain obstacles in the way of this interpretation exercise. For example, authentic acts and private writings are proof of their content (arts. 2818 and 2829 C.C.Q.). Moreover, the imperatives of certainty and stability of transactions and of protection of the rights of third parties support this cautious approach dictated by the law of evidence when it comes to contradicting or modifying the terms of a writing (*Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100 (C.A.), at para. 54, *per* Bich J.A.).

[48] Dans le contexte de la mise en œuvre de l'art. 1425 C.c.Q., à l'instar de la Cour d'appel, je reconnais que la recherche de l'intention ou volonté commune des parties représente une véritable opération d'interprétation. La divergence révélée par la preuve entre la volonté commune des parties et l'expression de cette volonté — ou volonté déclarée — soulève en elle-même un problème d'interprétation. Il faut déterminer quelle est l'intention des parties et où elle se trouve, dans l'échange initial des consentements ou dans son expression écrite. Le tribunal doit résoudre cette divergence et l'art. 1425 lui permet non seulement de rechercher quelle est l'intention des parties mais également où elle réside. Fréquemment, il s'agira de dégager, grâce à l'emploi de diverses techniques d'interprétation, la signification de mots ou d'expressions dans un acte afin, au besoin, de combler des vides dans le texte ou de retrouver dans celui-ci des contenus parfois bien dissimulés.

[49] Dans ces deux appels, la recherche du sens remonte à la racine de l'obligation. Quelle intention faut-il choisir : l'intention commune établie par la preuve ou l'intention ressortant de l'acte apparent? Bien que l'opération d'interprétation se résume ici à ce choix fondamental, elle demeure néanmoins une recherche d'intention selon l'art. 1425 C.c.Q. (F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2002), p. 31). La situation résultant de la preuve qui existe en l'espèce revêt une importance critique pour effectuer ce choix. En effet, s'il y avait eu conflit entre les parties sur la nature de l'intention ou si des tiers avaient acquis des droits à l'égard de la situation juridique constituée par les actes, le droit de la preuve civile aurait créé certains obstacles à cette opération d'interprétation. Rappelons par exemple que l'acte authentique et l'écrit sous seing privé font preuve de leur contenu (art. 2818 et 2829 C.c.Q.). En outre, les impératifs de sécurité et de stabilité des transactions et ceux de protection des droits des tiers justifient d'ailleurs cette approche prudente dictée par le droit de la preuve lorsqu'il s'agit de contredire un écrit ou d'en modifier les termes (*Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100 (C.A.), par. 54, la juge Bich).

[50] There is no such obstacle in the cases at bar. It has been established that the true agreements of wills were as described by the parties. The parties acknowledged the errors made in the writings giving effect to their agreements and agreed to correct them. The correction of the acts resulted from the actual will of the parties. There was no need to rely for this purpose on a supposed power to correct based on the implicit powers of the Superior Court. Moreover, since the parties could not turn back time, they changed the “legal time” applicable to their agreements by, *inter alia*, changing the dates originally contemplated for their performance to dates that would enable them to be carried out effectively. Such a stipulation, although once again subject to the rights of third parties, was valid as between the parties (M. Cresp, *Le temps juridique en droit privé, essai d’une théorie générale* (2013), at pp. 116-26).

[51] It was open to the courts to intervene to find that the amendments made by the parties to the acts at issue were legitimate and necessary. Their intervention was justified by the substantive law and was not precluded by Quebec’s rules of civil procedure. The issue was argued in an adversarial process. The revenue agencies were impleaded, as they had to be, in accordance with art. 5 *C.C.P.* and the fundamental rules of civil procedure. Since there was a real dispute about the nature of the parties’ common intention, the issue could be brought before the Superior Court, and a motion for rectification was the normal way to do so. The motion enabled that court to intervene to consider conclusions that were, first and foremost, declaratory. What was often called rectification in the course of these proceedings basically involved recognizing the parties’ amendments and finding that they were legitimate and necessary.

[52] In the final analysis, the court’s intervention was based on the fundamental rules of contract law, which is premised on a principle of consensualism and in which a fundamental distinction exists between the exchange of consents and the written expression of that exchange. Quebec’s law of evidence in civil matters reinforces this distinction

[50] Dans les affaires qui nous intéressent, cet obstacle n’existe pas. Il est établi que les véritables accords de volonté étaient ceux décrits par les parties en cause. Ces dernières reconnaissaient les erreurs commises dans les écrits donnant effet à leurs ententes et s’accordaient pour les corriger. La correction des actes résultait de la volonté même des parties. Il était inutile d’invoquer à cette fin un prétendu pouvoir de correction basé sur les pouvoirs implicites de la Cour supérieure. De plus, incapables de remonter le temps, les parties ont modifié le « temps juridique » applicable à leurs ententes, notamment en changeant les dates prévues à l’origine pour leur exécution, pour des dates propres à en assurer l’exécution efficace. Sous réserve toujours des droits des tiers, une telle stipulation était valide entre les parties (M. Cresp, *Le temps juridique en droit privé, essai d’une théorie générale* (2013), p. 116-126).

[51] Les tribunaux pouvaient intervenir pour constater la légitimité et la nécessité des modifications apportées par les parties aux actes en litige. Le droit substantiel justifiait leur intervention. La procédure civile québécoise n’y faisait pas obstacle. Le débat relevait du domaine du contradictoire. Les agences du revenu avaient été appelées en cause, comme elles devaient l’être, selon l’art. 5 *C.p.c.* et les règles fondamentales de la procédure civile. Vu l’existence d’un conflit réel sur la nature de l’intention commune des parties, la Cour supérieure pouvait être saisie du litige. La requête en rectification était la voie normale pour l’en saisir. Elle permettait à la Cour supérieure d’intervenir, à des fins d’abord et avant tout déclaratoires. Ce que l’on a maintes fois qualifié de rectification au cours des débats correspondait essentiellement à la constatation des modifications faites par les parties et à la reconnaissance de leur légitimité et de leur nécessité.

[52] Le fondement de cette intervention se trouvait en définitive dans les règles fondamentales du droit des contrats, lequel repose sur le principe du consensualisme et retient la distinction fondamentale entre l’échange des consentements et son expression écrite. Le droit de la preuve civile du Québec conforte cette distinction entre volonté

between internal will — or true intention — and declared will. For example, although that law gives particular weight to the probative value of authentic acts, it nonetheless includes a procedure — improbation — for challenging such acts. Improbation enables a court to rectify an act in which the public officer responsible for executing it, such as a notary, inserted false statements. It is now accepted that a court can correct such an act to make it consistent with the parties' intention (P.-Y. Marquis, "L'inscription de faux et la correction des actes notariés" (1990), 92 *R. du N.* 407, at p. 426). The private writing is also a form of expression of a common intention. If such a writing contains an error, particularly one that can, as here, be attributed to the taxpayer's professional advisor, the court must, once the error is proved in accordance with the rules of evidence in civil matters, note the error and ensure that it is remedied. In the civil law, the tax authorities do not have an acquired right to benefit from an error made by the parties to a contract after the parties have corrected the error by mutual consent.

[53] The common intention of the parties was expressed erroneously in all the writings prepared to carry out the tax plans on which they had agreed. The Court of Appeal held that it was possible to remedy those errors and correctly identified the common intention of the parties. I would not interfere with its decisions.

[54] However, the judicial recognition of the validity of the amendments made by the parties in this case to the writings recording their agreements must be accompanied by certain reservations and a word of warning. Taxpayers should not view this recognition of the primacy of the parties' internal will — or common intention — as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail. A taxpayer's intention to reduce his or her tax liability would not on its own constitute the object of an obligation within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, since it would not be sufficiently determinate or determinable. Nor would it even constitute the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.* Absent a more precise and more clearly

interne — ou intention véritable — et volonté déclarée. Par exemple, si ce droit accorde une force particulière à la valeur probante de l'acte authentique, il admet néanmoins l'existence d'une procédure, l'inscription de faux, qui permet de l'attaquer. Par cette procédure, le tribunal peut rectifier un acte dans lequel l'officier public chargé de sa réception, par exemple le notaire, aurait inséré des déclarations erronées. On reconnaît maintenant qu'un tribunal peut corriger un tel acte pour le rendre conforme à la volonté des parties (P.-Y. Marquis, « L'inscription de faux et la correction des actes notariés » (1990), 92 *R. du N.* 407, p. 426). L'acte sous seing privé constitue lui aussi une forme d'expression de la volonté commune. S'il est entaché d'erreur, notamment une erreur imputable comme ici au conseiller professionnel du contribuable, une fois cette erreur établie conformément aux règles de la preuve civile, le tribunal doit la constater et faire en sorte qu'on y remédie. En droit civil, le fisc ne possède pas de droit acquis au bénéfice d'une erreur que les parties à un contrat auraient commise, puis corrigée de consentement mutuel.

[53] L'ensemble des écrits préparés pour réaliser les planifications fiscales dont ont convenu les parties représentait une expression erronée de leur volonté commune. Les arrêts dont appel ont reconnu la possibilité de remédier à ces erreurs et ont correctement dégagé la volonté commune des parties. Je n'interviendrais pas à leur égard.

[54] Toutefois, la reconnaissance judiciaire de la validité des modifications apportées en l'espèce par les parties aux écrits constatant leurs ententes doit s'accompagner de certaines réserves et d'une invitation à la prudence. En effet, les contribuables ne devraient pas interpréter cette reconnaissance de la primauté de la volonté interne — ou intention commune — des parties comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu'il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d'échec de ces planifications. L'intention d'un contribuable de réduire ses obligations fiscales ne saurait à elle seule constituer l'objet de l'obligation au sens de l'art. 1373 *C.c.Q.*, compte tenu de son caractère insuffisamment déterminé ou déterminable, ni même l'objet du contrat au sens de l'art. 1412 *C.c.Q.* En

defined object, no contract would be formed. In such a case, art. 1425 could not be relied on to justify seeking the common intention of the parties in order to give effect to that intention despite the words of the writings prepared to record it. As I mentioned above, the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that, according to evidence that the ARQ did not contradict, they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable. These agreements provided, for the corporations in question, for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties. The subsequent amendments did not alter the nature of the structures contemplated at the outset. All they did was amend writings that were supposed to give effect to the common intention, an intention that had been clearly defined and that related to obligations whose objects were determinate or determinable.

G. *Review of Juliar*

[55] In oral argument, the intervener, the Attorney General of Canada, asked this Court to consider and reject a line of authority that has developed, he said, since the Ontario Court of Appeal's decision in *Juliar*. In his view, that line of authority has broadened the scope of application of the common law remedy of rectification in tax cases and is incompatible with the conditions for exercising the power of rectification as laid down by this Court in *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, and *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678 (see also A. Swan and J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at pp. 768-70). The two appeals heard by this Court are governed by Quebec civil law and are not appropriate cases in which to reconsider the common law remedy of rectification. I will therefore refrain from criticizing, approving or commenting on the application of that remedy by the Canadian courts on the basis of *Juliar*.

l'absence d'un objet plus précis et mieux défini, aucun contrat ne se serait formé. L'article 1425 ne pourrait dans un tel cas être invoqué pour justifier la recherche de l'intention commune des parties afin de lui donner effet, malgré les termes des écrits préparés pour la constater. Comme je l'ai souligné plus haut, dans les deux appels, les ententes entre les parties s'étaient valablement formées, puisqu'elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables, selon une preuve que l'ARQ n'a jamais contredite. Ces ententes prévoyaient, pour les sociétés concernées, la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs visés par les parties impliquées. Les modifications apportées par la suite ne changeaient pas la nature de la structure envisagée au départ. Elles se bornaient à modifier les écrits qui étaient censés donner effet à l'intention commune — intention clairement établie et portant sur des obligations aux objets déterminés ou déterminables.

G. *La révision de l'arrêt Juliar*

[55] Le procureur général du Canada intervenant a invité notre Cour dans ses plaidoiries à examiner et à rejeter un courant jurisprudentiel qui, selon lui, s'est développé depuis l'arrêt *Juliar* de la Cour d'appel de l'Ontario. Ce courant aurait élargi le champ d'application en matière fiscale du recours en rectification de la common law. Il ne respecterait pas les conditions de l'exercice du pouvoir de rectification qu'aurait établies notre Cour dans les arrêts *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, et *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678 (voir aussi A. Swan et J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3^e éd. 2012), p. 768-770). Les deux appels que nous avons entendus sont décidés en vertu du droit civil du Québec et ne sont pas propices à un réexamen du recours en rectification reconnu par la common law. Je m'abstiendrai donc de critiquer, d'approuver ou commenter l'application qu'en font les tribunaux canadiens sur la base de l'arrêt *Juliar*.

V. Conclusion

[56] For these reasons, I would dismiss the ARQ's appeals in these two cases, with costs against it throughout, in both cases.

Appeals dismissed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Larivière Meunier, Montréal, Sainte-Foy.

Solicitors for the respondents Services Environnementaux AES inc. and Centre Technologique AES inc.: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the respondents Jean Riopel, Christiane Archambault and Entreprise J.P.F. Riopel inc.: Séguin Racine Avocats Ltée, Montréal.

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

V. Conclusion

[56] Pour ces motifs, je rejetterais les pourvois formés par l'ARQ dans ces deux affaires, avec dépens contre elle, dans chaque cas et devant toutes les cours.

Pourvois rejetés avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : Larivière Meunier, Montréal, Sainte-Foy.

Procureurs des intimées Services Environnementaux AES inc. et Centre Technologique AES inc. : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intimés Jean Riopel, Christiane Archambault et Entreprise J.P.F. Riopel inc. : Séguin Racine Avocats Ltée, Montréal.

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

Tissa Amaratunga *Appellant*

v.

**Northwest Atlantic Fisheries Organization, a
body corporate** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties
Association** *Intervener*

**INDEXED AS: AMARATUNGA v. NORTHWEST
ATLANTIC FISHERIES ORGANIZATION**

2013 SCC 66

File No.: 34501.

2013: March 28; 2013: November 29.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Public international law — Jurisdictional immunity — International organizations — Former senior manager of international organization headquartered in Canada filing wrongful dismissal suit — International organization claiming immunity under Order reflecting agreement with Canada — Whether claimed immunity applies — Meaning of immunities “required” for performance of functions — Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3(1).

NAFO is an international organization headquartered in Nova Scotia. Its mandate is to manage and preserve fishing resources in the Northwest Atlantic Ocean. A worked at NAFO as a senior manager from 1988 until 2005 when NAFO terminated his employment. When A then commenced a wrongful dismissal suit, NAFO claimed immunity as an international organization under its *Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order* (“NAFO Immunity Order”) agreement with Canada. The Supreme Court of Nova Scotia rejected NAFO’s immunity defence and determined that A’s wrongful dismissal suit could proceed

Tissa Amaratunga *Appellant*

c.

**Organisation des pêches de l’Atlantique
Nord-Ouest, une personne morale** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : AMARATUNGA c. ORGANISATION DES
PÊCHES DE L’ATLANTIQUE NORD-OUEST**

2013 CSC 66

N° du greffe : 34501.

2013 : 28 mars; 2013 : 29 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit international public — Immunité de juridiction — Organisations internationales — Poursuite pour congédiement injustifié par un ancien cadre supérieur d’une organisation internationale dont le siège est au Canada — Revendication par l’organisation internationale de l’immunité de juridiction fondée sur le décret énonçant l’entente conclue entre elle et le Canada — L’immunité revendiquée s’applique-t-elle? — Sens des immunités qu’« exige » l’exercice de fonctions — Décret sur les privilèges et immunités de l’Organisation des pêches de l’Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3(1).

L’OPANO est une organisation internationale dont le siège est situé en Nouvelle-Écosse. Elle a le mandat de veiller à la gestion et à la conservation des ressources halieutiques dans l’Atlantique Nord-Ouest. A a travaillé pour l’OPANO à titre de cadre supérieur de 1988 à 2005, lorsque l’organisation l’a congédié. Lorsqu’il a intenté un recours pour congédiement injustifié, l’OPANO a plaidé qu’elle jouissait de l’immunité de juridiction en tant qu’organisation internationale en application du *Décret sur les privilèges et immunités de l’Organisation des pêches de l’Atlantique nord-ouest* (« *Décret sur l’immunité de l’OPANO* ») dont elle avait convenu avec

to trial, including A's claim for a separation indemnity under NAFO Staff Rules. The Court of Appeal, however, allowed NAFO's appeal and determined that NAFO enjoyed immunity from all of A's claims.

Held: The appeal should be allowed in part.

NAFO is entitled to immunity, except from A's separation indemnity claim under the Staff Rules. Without immunity, an international organization would be vulnerable to intrusions into its operations by the host state and that state's courts. However, no rule of customary international law confers immunity on international organizations. Instead, they derive their immunity from treaties, or in the case of smaller international organizations like NAFO, from agreements with host states.

NAFO reached an agreement with Canada, which is reflected in the *NAFO Immunity Order*. Section 3(1) of the *NAFO Immunity Order* grants NAFO immunities "to such extent as may be required for the performance of its functions". In accordance with modern statutory interpretation, the meaning of that phrase must be read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the object and scheme of the *NAFO Immunity Order* and in light of the grant of authority and the intention of Parliament. The meaning of the phrase, including the word "required", is determinative of the disposition of this appeal.

While the grammatical and ordinary sense of the word "required" is "necessary", the context of s. 3(1) suggests instead a broader interpretation. Indeed, the word "required" in s. 3(1) should be interpreted to have the same broad meaning as in s. 3(3) because the Governor in Council is presumed to have been consistent in making the *NAFO Immunity Order*. The Governor in Council is granted authority to determine the scope of the immunity for each international organization on a case-by-case basis. For NAFO, the Governor in Council conferred a broad functional immunity as can be seen from the very words of s. 3(1) — "for the performance of [NAFO's] functions". To not interpret s. 3(1) broadly would run counter to the object and scheme of the *NAFO Immunity*

La Cour Canada. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a rejeté la défense de l'OPANO fondée sur l'immunité et jugé que le procès pour congédiement injustifié intenté par A pouvait avoir lieu, y compris en ce qui avait trait à la demande de ce dernier relative à l'indemnité de cessation d'emploi à laquelle il prétendait en application du règlement régissant le personnel de l'OPANO. La Cour d'appel a toutefois accueilli le pourvoi de l'OPANO et jugé que celle-ci jouissait d'une immunité qui la mettait à l'abri de toutes les demandes formulées par A.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

L'OPANO a droit à l'immunité, sauf en ce qui a trait à la demande de paiement d'une indemnité de cessation d'emploi formulée par A et fondée sur le règlement régissant le personnel de l'organisation. En l'absence d'une telle immunité, rien n'empêcherait l'État d'accueil et ses tribunaux de s'ingérer dans les opérations d'une organisation internationale. Il n'existe en revanche aucune règle de droit international coutumier conférant une immunité aux organisations internationales. Celle-ci est plutôt une créature des traités ou, dans le cas d'organisations internationales plus petites comme l'OPANO, elle découle d'ententes avec leur État d'accueil.

L'OPANO et le Canada ont conclu une entente qu'énonce le *Décret sur l'immunité de l'OPANO*. Le paragraphe 3(1) de cette entente confère à l'OPANO un droit à l'immunité « dans la mesure où ses fonctions l'exigent ». Conformément aux principes modernes d'interprétation des lois, pour en dégager la signification, cette proposition doit être interprétée dans son contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical des mots qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet du *Décret sur l'immunité de l'OPANO* compte tenu des pouvoirs conférés et de l'intention du législateur. Le sens de la proposition, y compris celui des termes « l'exigent », est déterminant pour l'issue du présent pourvoi.

Même si le sens grammatical et ordinaire des termes « l'exigent » est « nécessaire », le contexte du par. 3(1) suggère qu'il faut plutôt leur donner une interprétation plus libérale. En effet, les termes « l'exigent » qui figurent au par. 3(1) doivent être interprétés de telle sorte qu'ils aient le même sens libéral que celui qu'ils ont au par. 3(3), parce que le gouverneur en conseil est présumé avoir fait preuve de cohérence dans l'établissement du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*. La loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de déterminer l'étendue des immunités à accorder au cas par cas à chaque organisation internationale. Or, il a conféré à l'OPANO une large immunité fonctionnelle, comme en témoigne le libellé même du par. 3(1) : « dans la mesure où [l'es

Order as well as Parliament's intention of modernization, flexibility and respect for the independence of international organizations.

In this case, NAFO requires immunity from A's claims for it to perform its functions, except A's separation indemnity claim under the Staff Rules. A was the second-in-command in the Secretariat. He directly supervised other staff and was responsible for the scientific aspect of NAFO's mission. NAFO must have the power to manage its employees, especially those in senior positions, if it is to perform its functions efficiently. To allow employment-related claims of senior officials to proceed in Canadian courts would constitute undue interference with NAFO's autonomy in performing its functions and would amount to submitting its managerial operations to the oversight of its host state's institutions. The absence of a dispute resolution mechanism or of an internal review process is not, in and of itself, determinative of whether NAFO is entitled to immunity. While the fact that A has no forum in which to air his grievances and seek a remedy is unfortunate, it is the nature of an immunity to shield certain matters from the jurisdiction of the host state.

For NAFO to perform its functions, however, it does not require immunity from A's separation indemnity claim. The separation indemnity does not interfere with NAFO's functions. Indeed, NAFO recognizes that it owes a separation indemnity to A under its Staff Rules and concedes that the *NAFO Immunity Order* does not immunize it from A's claim. This claim should be allowed to proceed and the appeal should be granted to that extent.

Cases Cited

Considered: *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; **referred to:** *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, I.C.J. (February 3, 2012); *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571; *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney*

functions [de l'organisation] l'exigent ». Ne pas interpréter libéralement le par. 3(1) irait à l'encontre de l'objet et de l'esprit du *Décret sur l'immunité de l'OPANO* de même que des objectifs poursuivis par le législateur, soit la modernisation, la souplesse et le respect de l'indépendance des organisations internationales.

En l'espèce, sauf en ce qui a trait à la demande de paiement de l'indemnité de cessation d'emploi fondée sur le règlement régissant le personnel de l'OPANO, celle-ci a besoin de l'immunité quant aux réclamations de A pour pouvoir s'acquitter de ses fonctions. A était le numéro deux du secrétariat. Il supervisait directement d'autres employés et était responsable du volet scientifique du mandat de l'organisation. L'OPANO doit être en mesure de gérer ses employés, notamment ceux qui occupent des postes supérieurs, afin d'accomplir efficacement ses fonctions. Permettre que des poursuites liées à l'emploi intentées contre l'OPANO par ses cadres supérieurs soient entendues par les tribunaux canadiens porterait atteinte de façon injustifiée à l'autonomie de l'OPANO dans l'exercice de ses fonctions et reviendrait à assujettir ses opérations de gestion à la surveillance des institutions de l'État d'accueil. L'absence d'un mécanisme de règlement des différends ou d'un processus interne d'examen n'est pas en soi déterminante pour décider si l'OPANO bénéficie de l'immunité. Bien qu'il soit regrettable que l'appelant ne puisse pas faire valoir ses moyens devant un tribunal et demander réparation, c'est dans la nature même de l'immunité de juridiction que certaines affaires soient soustraites de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil.

Pour que l'OPANO puisse s'acquitter de ses fonctions, il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle jouisse de l'immunité à l'égard de la réclamation de A relative à son indemnité de cessation d'emploi. D'ailleurs, l'OPANO reconnaît devoir une telle indemnité à A en application du règlement régissant son personnel et concède que le *Décret sur l'immunité de l'OPANO* ne la met pas à l'abri de cette réclamation. Cette dernière doit pouvoir suivre son cours et l'appel être accueilli à cet égard.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; **arrêts mentionnés :** *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenante))*, C.I.J. (3 février 2012); *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571; *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285; *Bristol-Myers Squibb Co.*

General), 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e).
Diplomatic and Consular Privileges and Immunities Act, R.S.C. 1985, c. P-22 [rep. 1991, c. 41, s. 14].
Foreign Missions and International Organizations Act, S.C. 1991, c. 41, ss. 5(1), 16.
Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3.
Privileges and Immunities (International Organizations) Act, R.S.C. 1985, c. P-23 [rep. 1991, c. 41, s. 15].
State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries, Can. T.S. 1979 No. 11, art. II.
Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 33 U.N.T.S. 261.
Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1 U.N.T.S. 15, art. II(2).
Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization, Can. T.S. 1992 No. 7.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14.
Supplementary Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization regarding the Headquarters of the International Civil Aviation Organization, Can. T.S. 1999 No. 20.
Supplementary Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization regarding the Headquarters of the International Civil Aviation Organization, 2013 [not yet in force].
United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. New York: United Nations, 2004 [not yet in force].

c. Canada (Procureur général), 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40.

Lois et règlements cités

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2e).
Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3.
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18.
Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales, L.C. 1991, ch. 41, art. 5(1), 16.
Loi sur les privilèges et immunités des organisations internationales, L.R.C. 1985, ch. P-23 [abr. 1991, ch. 41, art. 15].
Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires, L.R.C. 1985, ch. P-22 [abr. 1991, ch. 41, art. 14].

Traités et autres instruments internationaux

Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1992 n° 7.
Accord supplémentaire entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale relatif au siège de l'Organisation de l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1999 n° 20.
Accord supplémentaire entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale relatif au siège de l'Organisation de l'aviation civile internationale, 2013 [non encore en vigueur].
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.
Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. New York : Nations Unies, 2004 [non encore en vigueur].
Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique Nord-Ouest, R.T. Can. 1979 n° 11, art. II.
Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, 33 R.T.N.U. 261.
Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, 1 R.T.N.U. 15, art. II(2).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14.

Authors Cited

- Berenson, William M. “Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of the OAS”, in Hassane Cissé, Daniel D. Bradlow and Benedict Kingsbury, eds., *The World Bank Legal Review*, vol. 3, *International Financial Institutions and Global Legal Governance*. Washington, D.C.: World Bank, 2012, 133.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, pp. 3332 ff.
- Currie, John H., Craig Forcese and Valerie Oosterveld. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Fox, Hazel. *The Law of State Immunity*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Preuss, Lawrence. “The International Organizations Immunities Act” (1946), 40 *Am. J. Int’l L.* 332.
- Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett’s Law of International Institutions*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 32, Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007.
- United Nations. International Law Commission. “Jurisdictional immunities of States and their property”, in *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session*, U.N. Doc. A/35/10, published in *Yearbook of the International Law Commission 1980*, vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1981, 137.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Beveridge and Bryson J.J.A.), 2011 NSCA 73, 306 N.S.R. (2d) 380, 968 A.P.R. 380, 94 C.C.E.L. (3d) 198, 337 D.L.R. (4th) 668, [2011] N.S.J. No. 453 (QL), 2011 CarswellNS 587, reversing a decision of Wright J., 2010 NSSC 346, 295 N.S.R. (2d) 331, 935 A.P.R. 331, 85 C.C.E.L. (3d) 144, [2010] N.S.J. No. 508 (QL), 2010 CarswellNS 618. Appeal allowed in part.

Doctrine et autres documents cités

- Berenson, William M. « Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial : The Case of the OAS », in Hassane Cissé, Daniel D. Bradlow and Benedict Kingsbury, eds., *The World Bank Legal Review*, vol. 3, *International Financial Institutions and Global Legal Governance*. Washington, D.C. : World Bank, 2012, 133.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 34^e lég., 4 octobre 1991, p. 3332 et suiv.
- Currie, John H., Craig Forcese and Valerie Oosterveld. *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*. Toronto : Irwin Law, 2007.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto : Butterworths, 1974.
- Fox, Hazel. *The Law of State Immunity*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. *Observation générale n° 32, Article 14. Droit à l’égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc. N.U. CCPR/C/GC/32, 23 août 2007.
- Nations Unies. Commission du droit international. « Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », dans *Rapport de la Commission à l’Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session*, Doc. N.U. A/35/10, publié dans *Annuaire de la Commission du droit international 1980*, vol. II, deuxième partie. New York : Nations Unies, 1981, 134.
- Preuss, Lawrence. « The International Organizations Immunities Act » (1946), 40 *Am. J. Int’l L.* 332.
- Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett’s Law of International Institutions*, 6th ed. London : Sweet & Maxwell/Thomson, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Beveridge et Bryson), 2011 NSCA 73, 306 N.S.R. (2d) 380, 968 A.P.R. 380, 94 C.C.E.L. (3d) 198, 337 D.L.R. (4th) 668, [2011] N.S.J. No. 453 (QL), 2011 CarswellNS 587, qui a infirmé une décision du juge Wright, 2010 NSSC 346, 295 N.S.R. (2d) 331, 935 A.P.R. 331, 85 C.C.E.L. (3d) 144, [2010] N.S.J. No. 508 (QL), 2010 CarswellNS 618. Pourvoi accueilli en partie.

David A. Copp, for the appellant.

John T. Shanks and *Richard Dunlop*, for the respondent.

Ewa Krajewska and *Heather K. Pessione*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] International organizations are active and necessary actors on the international stage. Although they are subjects of international law, they have to operate on the territories of sovereign states with political and legal systems of their own. To avoid undue interference in the operations of an international organization, the treaty that establishes it will recognize certain privileges and immunities. If not, the host state will promise to do so. In this regard, some form of immunity from legal process in domestic courts is critical, and commonly granted.

[2] This appeal pits the Northwest Atlantic Fisheries Organization (“NAFO”), an international organization responsible for the management of fishery resources in the Northwest Atlantic, against one of its former employees, the appellant, Tissa Amaratunga. The appellant sued NAFO for breach of his contract of employment in the Nova Scotia Supreme Court, as NAFO is headquartered in Dartmouth, Nova Scotia. NAFO successfully claimed immunity from this action. The Nova Scotia Court of Appeal held that NAFO was entitled to immunity in this matter by virtue of s. 3(1) of the *Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order*, SOR/80-64 (“*NAFO Immunity Order*”). For the reasons that follow, I conclude that NAFO is entitled to immunity and that the appeal must fail in this respect, but must be allowed in part, in respect of the right to the separation indemnity

David A. Copp, pour l’appellant.

John T. Shanks et *Richard Dunlop*, pour l’intimée.

Ewa Krajewska et *Heather K. Pessione*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Les organisations internationales jouent un rôle actif et nécessaire sur la scène internationale. Bien qu’elles soient assujetties au droit international, ces organisations exercent leurs activités sur le territoire d’États souverains, dotés de leurs propres systèmes politique et juridique. Pour éviter toute ingérence injustifiée dans les activités d’une organisation internationale, le traité qui la constitue lui reconnaît certains privilèges et immunités. Dans le cas contraire, l’État d’accueil s’engage à les lui accorder. À cet égard, une certaine forme d’immunité de juridiction devant les tribunaux de l’État d’accueil est indispensable, et habituellement accordée.

[2] Le présent pourvoi oppose l’Organisation des pêches de l’Atlantique Nord-Ouest (« OPANO ») — une organisation internationale chargée de la gestion des ressources halieutiques dans l’Atlantique Nord-Ouest — à un de ses anciens employés, l’appellant, Tissa Amaratunga. Ce dernier a intenté une action contre l’OPANO pour rupture d’un contrat de travail, et ce devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, parce que l’organisation intimée a son siège à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. L’OPANO a invoqué avec succès l’immunité de juridiction contre cette action. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que l’OPANO avait droit à l’immunité en l’espèce en application du par. 3(1) du *Décret sur les privilèges et immunités de l’Organisation des pêches de l’Atlantique nord-ouest*, DORS/80-64 (« *Décret sur l’immunité de l’OPANO* »). Pour les motifs qui suivent, je conclus

payment granted in accordance with the NAFO Staff Rules, with costs to the appellant.

II. Background Facts

[3] NAFO, which was founded in 1979 as a successor to the International Commission of the Northwest Atlantic Fisheries, is an intergovernmental body concerned with fisheries science and management. As stated in art. II(1) of the *Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries*, Can. T.S. 1979 No. 11 (“Convention”), its overall objective is “to contribute through consultation and cooperation to the optimum utilization, rational management and conservation of the fishery resources” of the Northwest Atlantic. Canada is a contracting party to the Convention.

[4] NAFO consists of four bodies: the General Council, the Scientific Council, the Fisheries Commission, and the Secretariat. The functions of these bodies are detailed in the Convention.

[5] Article II(4) of the Convention provides that NAFO’s headquarters is to be located in Dartmouth. The Convention also provides that NAFO has legal personality. As a corollary to this legal personality, the organization enjoys certain immunities and privileges. The Convention provides in art. II(3) that NAFO and Canada are to agree on what those immunities and privileges will be in Canada. The resulting agreement is set out in the *NAFO Immunity Order*, which was made by the Governor in Council on January 11, 1980.

[6] The appellant joined NAFO in 1988 as Assistant Executive Secretary (the position’s title was later changed to Deputy Executive Secretary); his position was a senior one within the Secretariat. In that role, he had to be familiar with all aspects of NAFO’s operations and requirements. His

que l’OPANO a droit à l’immunité et que le pourvoi échoue à cet égard, mais doit être accueilli en partie au sujet du droit au paiement de l’indemnité de cessation d’emploi accordée conformément au règlement régissant le personnel de l’OPANO, avec dépens en faveur de l’appellant.

II. Contexte

[3] Fondée en 1979 pour remplacer la Commission internationale pour les pêcheries de l’Atlantique Nord-Ouest, l’OPANO est un organisme intergouvernemental se consacrant aux sciences halieutiques et à la gestion des pêches. Comme l’indique l’art. II(1) de la *Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l’Atlantique Nord-Ouest*, R.T. Can. 1979 n° 11 (« Convention »), cet organisme a pour mandat général de « contribuer par la consultation et la coopération à l’utilisation optimale, à la gestion rationnelle et à la conservation des ressources halieutiques » de l’Atlantique Nord-Ouest. Le Canada est une partie contractante de la Convention.

[4] L’OPANO comporte quatre sections : le conseil général, le conseil scientifique, la commission des pêches et le secrétariat. Leurs fonctions respectives sont décrites dans la Convention.

[5] Suivant l’art. II(4) de la Convention, l’OPANO a son siège à Dartmouth. La Convention prévoit aussi que l’OPANO a une personnalité juridique. Cela signifie qu’elle jouit corollairement de certaines immunités et de certains privilèges. La Convention précise en outre à l’art. II(3) que les immunités et privilèges de l’OPANO au Canada seront déterminés par une entente à conclure entre elle et son pays d’accueil. L’entente dont il a été convenu est énoncée dans le *Décret sur l’immunité de l’OPANO*, pris par le gouverneur en conseil le 11 janvier 1980.

[6] L’appellant est entré au service de l’OPANO en 1988 en tant que secrétaire exécutif adjoint — le titre du poste en anglais, « *Assistant Executive Secretary* », a plus tard été rebaptisé « *Deputy Executive Secretary* » —, un poste supérieur au secrétariat. En cette qualité, il devait bien connaître

responsibilities included directly supervising four of the Secretariat's eleven staff members; assuming the duties of the Executive Secretary as needed; providing operational and advisory services to the Scientific Council; liaising with chairpersons within NAFO and the administrators of national and international bodies to fulfill the needs of the Scientific Council; managing scientific information and NAFO's biological and statistical databases; managing and editing NAFO's scientific and statistical publications; and managing computer systems as necessary for NAFO's operations.

[7] The appellant was dismissed from his employment by the Executive Secretary on June 24, 2005. As can be seen from the statement of claim, the working relationship between the appellant and this Executive Secretary, who had been appointed in January 2003, had been deteriorating.

[8] On the day of his dismissal, the appellant was informed by letter that he would receive a sum of \$153,149. That sum comprised two amounts. The first amount of \$102,193 represented his salary up to July 31, 2005, his leave entitlement and the separation indemnity due to him under rule 10.4 of the NAFO Staff Rules. The second amount of \$50,956, provided on a gratuitous basis, was intended to compensate the appellant for any financial disadvantages that might result from the termination of his employment. The appellant agreed with NAFO that the separation indemnity in the amount of \$80,987 would be paid in a first instalment of \$30,987 in 2005 and a second instalment of \$50,000 in 2006. The appellant also requested confirmation from NAFO that the gratuitous payment of \$50,956 would be paid without prejudice. NAFO did not respond to this request.

[9] NAFO paid the appellant the amount due for salary, accrued leave and the first instalment of the separation indemnity in 2005. In February 2006, the appellant received a single cheque for both the

tous les aspects des opérations et des exigences de l'OPANO. Il s'acquittait notamment des tâches suivantes : superviser directement quatre des onze employés du secrétariat; exercer au besoin les fonctions du secrétaire exécutif; fournir des services opérationnels et consultatifs au conseil scientifique; assurer la liaison avec les présidents au sein de l'OPANO et avec les administrateurs des organismes nationaux et internationaux pour répondre aux besoins du conseil scientifique; gérer l'information scientifique ainsi que les bases de données biologiques et statistiques de l'OPANO; gérer et mettre au point les publications scientifiques et statistiques de cette dernière; et gérer les systèmes informatiques nécessaires pour ses opérations.

[7] Le 24 juin 2005, l'appellant a été congédié par le secrétaire exécutif nommé en janvier 2003, après que, tel qu'il appert de la déclaration, leurs relations de travail se sont détériorées.

[8] Le jour de son congédiement, l'appellant a reçu une lettre l'informant qu'il recevrait une somme de 153 149 \$. Celle-ci était constituée de deux montants. Le premier, de 102 193 \$, représentait son salaire jusqu'au 31 juillet 2005, ses congés payés ainsi que l'indemnité de cessation d'emploi qui lui était payable en application de l'art. 10.4 du règlement régissant le personnel de l'OPANO. Le deuxième, de 50 956 \$ et versé à titre gracieux, visait à l'indemniser pour tout désavantage financier qui pouvait découler de sa cessation d'emploi. L'appellant a convenu avec l'OPANO que l'indemnité de cessation d'emploi de 80 987 \$ serait payée en deux versements : le premier, de 30 987 \$, serait versé en 2005, et le deuxième, de 50 000 \$, en 2006. Il a également demandé à l'OPANO une confirmation que le paiement à titre gracieux de 50 956 \$ serait versé sous toutes réserves. L'OPANO n'a pas répondu à cette demande.

[9] En 2005, l'OPANO a payé à l'appellant le montant dû au titre des salaires et des congés accumulés et a effectué le premier versement de l'indemnité de cessation d'emploi. En février 2006,

second instalment of the separation indemnity and the gratuitous payment. Because he had not received confirmation from NAFO that the gratuitous payment was without prejudice, he returned the cheque. A second cheque in the same amount was sent to the appellant in April 2006, and he returned it for the same reason.

[10] On June 15, 2006, the appellant filed a statement of claim in the Nova Scotia Supreme Court seeking damages for breach of his contract of employment and for breach of the contract under which NAFO was required to pay the separation indemnity in two instalments. More specifically, the appellant claimed the following damages: the balance of the separation indemnity in the amount of \$50,000; salary in lieu of reasonable notice; general damages; and punitive or aggravated damages.

[11] In its statement of defence, NAFO submits that under the *NAFO Immunity Order*, it enjoys immunity from the appellant's claims, and that the Nova Scotia Supreme Court lacks jurisdiction to entertain them.

III. Judicial History

[12] By notice of motion, NAFO sought a determination of its claim that it enjoys immunity from the appellant's lawsuit by virtue of the *NAFO Immunity Order*. Robertson J. ordered that NAFO's defence of immunity be determined separately from the trial of the appellant's claims. The proceedings that led to this appeal concerned the determination of NAFO's claim of immunity.

A. *Nova Scotia Supreme Court, 2010 NSSC 346, 295 N.S.R. (2d) 331*

[13] Wright J. rejected NAFO's claim of immunity. In his view, the word "required" as used in the phrase "to such extent as may be required for the performance of its functions" in s. 3(1) of the

l'appelant a reçu en un seul chèque le deuxième versement de l'indemnité de cessation d'emploi et le paiement à titre gracieux. Comme il n'avait reçu de l'OPANO aucune confirmation selon laquelle le paiement du montant versé à titre gracieux était fait sous toutes réserves, l'appelant lui a renvoyé le chèque. Un deuxième chèque du même montant a été envoyé à l'appelant en avril 2006, chèque que l'appelant a renvoyé pour le même motif.

[10] Le 15 juin 2006, l'appelant a déposé une déclaration à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, sollicitant des dommages-intérêts pour rupture de son contrat de travail et du contrat obligeant l'OPANO à payer l'indemnité de cessation d'emploi en deux versements. L'appelant a réclamé plus précisément, à titre de dommages-intérêts : le reste de l'indemnité de 50 000 \$ payable pour la cessation d'emploi; le versement d'une indemnité en lieu et place du préavis raisonnable de fin d'emploi; des dommages-intérêts généraux; et des dommages-intérêts punitifs ou majorés.

[11] Dans sa défense, l'OPANO a plaidé que le *Décret sur l'immunité de l'OPANO* lui confère l'immunité de juridiction à l'égard des réclamations de l'appelant et que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'est pas compétente pour les entendre.

III. Historique judiciaire

[12] Par avis de requête, l'OPANO a demandé qu'une décision soit rendue sur son allégation selon laquelle le *Décret sur l'immunité de l'OPANO* lui confère l'immunité de juridiction contre l'action intentée par l'appelant. Le juge Robertson a ordonné que cette défense fondée sur l'immunité soit jugée séparément des réclamations de l'appelant. La procédure qui a mené au présent pourvoi demande de décider si l'OPANO jouit de l'immunité de juridiction.

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, 2010 NSSC 346, 295 N.S.R. (2d) 331*

[13] Le juge Wright a rejeté l'allégation d'immunité de l'OPANO. Selon lui, les termes « l'exigent » de la proposition « dans la mesure où ses fonctions l'exigent » du par. 3(1) du *Décret sur l'immunité*

NAFO Immunity Order means “demand as necessary” or “essential” (para. 56). NAFO had to demonstrate that immunity from the appellant’s claim was necessary or essential to the performance of its functions. Wright J. concluded that immunity was not necessary or essential for that purpose.

[14] Wright J. found that NAFO’s functions were to “contribute through consultation and cooperation to the optimum utilization, rational management and conservation of the fish resources in the North-west Atlantic Ocean” (para. 57). He held that little factual evidence supported NAFO’s argument that it would be an impermissible intrusion into the organization’s internal management for the court to take jurisdiction. According to Wright J., the following factors militated against immunity: the appellant’s claims relate to a private contract of employment voluntarily entered into by NAFO; the claims are limited to monetary damages for breach of that contract and NAFO is not asserting just cause; no right to interfere with the internal organization, management or governance of NAFO is being claimed; the appellant is not seeking to subject NAFO to Canadian legislation; and no sovereign, political or security elements arise in this case.

[15] Wright J. added that his conclusion that NAFO is not entitled to immunity in this case was reinforced by the fact that if the Canadian court lacked jurisdiction, the appellant would be left with no recourse to pursue his claims. He said that the *NAFO Immunity Order* should be interpreted in a way that is consistent with the right of an individual with a legitimate claim to a fair hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law in accordance with the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (“*ICCPR*”).

de l’OPANO signifient que l’OPANO possède les privilèges et les immunités [TRADUCTION] « exigés comme nécessaires » ou « essentiels » (par. 56). L’OPANO devait donc établir que l’immunité de juridiction contre l’action intentée par l’appellant était nécessaire ou essentielle à l’exercice de ses fonctions. Or, pour le juge Wright, elle ne l’était pas.

[14] Le juge Wright a conclu que l’OPANO avait pour fonction de [TRADUCTION] « contribuer par la consultation et la coopération à l’utilisation optimale, à la gestion rationnelle et à la conservation des ressources halieutiques dans l’océan Atlantique Nord-Ouest » (par. 57). Peu d’éléments de preuve factuels étayaient selon lui l’argument de l’OPANO selon lequel le fait pour la cour de se déclarer compétente constituerait une ingérence inacceptable dans la régie interne de cette organisation. De l’avis du juge Wright, les facteurs suivants s’opposaient à une conclusion favorable à l’immunité : les allégations de l’appellant se rapportaient à un contrat de travail privé conclu volontairement par l’OPANO; l’appellant réclamait uniquement des dommages-intérêts pour rupture de ce contrat et l’OPANO ne faisait pas valoir de motif valable pour justifier sa décision; aucun droit d’ingérence dans l’organisation interne, la gestion ou la gouvernance de l’OPANO n’était invoqué; l’appellant ne cherchait pas à assujettir l’OPANO au droit canadien; et aucun élément relatif à la souveraineté, à la politique ou à la sécurité n’entraînait en jeu en l’espèce.

[15] En outre, pour le juge Wright, sa conclusion selon laquelle l’OPANO n’a pas droit à l’immunité en l’espèce était renforcée par le fait que si les tribunaux canadiens n’avaient pas compétence, l’appellant serait privé de tout recours pour faire valoir ses droits. Selon lui, le *Décret sur l’immunité de l’OPANO* devrait être interprété d’une manière compatible avec le droit d’une personne, dont le recours est légitime, à un procès équitable devant un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, conformément au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (« *PIRDGP* »).

B. *Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Beveridge and Bryson J.J.A.)*, 2011 NSCA 73, 306 N.S.R. (2d) 380

[16] MacDonald C.J.N.S., writing for the court, held that the immunity provided for in s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order* shielded NAFO from the appellant's claims. In reaching that conclusion, he adopted a functional approach to the immunity granted in the *NAFO Immunity Order*.

[17] MacDonald C.J.N.S. said that Wright J. had set the bar for a finding that NAFO is entitled to immunity too high, essentially requiring that the appellant's suit represent "an impermissible intrusion into NAFO's internal management", "NAFO's official functions [being] significantly impeded", or "excessive interference or hindrance in [its] actual operations" (para. 27). In MacDonald C.J.N.S.'s view, that approach was overly restrictive.

[18] MacDonald C.J.N.S. relied on this Court's decision in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, for guidance in interpreting the *NAFO Immunity Order*. He found that it was appropriate to apply the rationale of necessity and autonomy adopted in the context of parliamentary privilege to the determination of the scope of the immunity granted to NAFO. He reasoned that just as parliamentary immunity exists to preserve Parliament's autonomy as a legislative and deliberative body, NAFO's immunity has been granted to preserve its autonomy as an international organization consisting of many nations.

[19] MacDonald C.J.N.S. drew three guiding principles from *Vaid*. First, immunity is rooted in "necessity", and a broad view should be taken of the concept of "necessity". Second, what is "necessary" is the preservation of the organization's autonomy to carry out its functions. Third, in the employment

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Beveridge et Bryson)*, 2011 NSCA 73, 306 N.S.R. (2d) 380

[16] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge en chef MacDonald a conclu que l'immunité conférée par le par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO* mettait cette dernière à l'abri de toute action intentée par l'appelant. En tirant cette conclusion, il a adopté une interprétation fonctionnelle de l'immunité accordée par le *Décret sur l'immunité de l'OPANO*.

[17] Le juge en chef MacDonald a écrit que le juge Wright avait fixé à un niveau trop élevé les conditions d'application de l'immunité en exigeant essentiellement que la poursuite de l'appelant représente [TRADUCTION] « une ingérence inacceptable dans la régie interne de l'OPANO », « un obstacle important à l'exercice [. . .] des fonctions officielles de l'OPANO », ou « une ingérence excessive dans [ses] activités ou un obstacle excessif à l'exercice de celles-ci » (par. 27). De l'avis du juge en chef MacDonald, cette approche était trop restrictive.

[18] Le juge en chef MacDonald s'est fondé sur l'arrêt rendu par la Cour dans *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, pour interpréter le *Décret sur l'immunité de l'OPANO*. Il est approprié, selon lui, d'appliquer les critères de nécessité et d'autonomie adoptés dans le contexte de la mise en œuvre du privilège parlementaire lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'immunité accordée à l'OPANO. À son avis, de la même façon que l'immunité parlementaire vise à protéger l'autonomie du Parlement en tant qu'assemblée législative et délibérante, l'immunité conférée à l'OPANO vise à préserver son autonomie en tant qu'organisation internationale formée de nombreux États.

[19] Le juge en chef MacDonald a identifié trois principes directeurs dans l'arrêt *Vaid*. Premièrement, l'immunité émane du principe de la « nécessité » et il convient de retenir une conception large de ce principe. Deuxièmement, ce qui est « nécessaire », c'est la préservation de

context, the closer an aggrieved employee's tasks come to the organization's core function, the more likely it is that the organization's autonomy will be affected and, therefore, the more likely it is that immunity will be required.

[20] MacDonald C.J.N.S. concluded that Wright J. had erred in his interpretation of s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*, stating that he "would declare [NAFO to be immune] from any domestic suit that stands to interfere with NAFO's autonomy in performing its functions" (para. 44). He would not require "significant", "excessive" or "impermissible" interference (*ibid.*).

[21] On whether the appellant's claims interfered with NAFO's autonomy in performing its functions, MacDonald C.J.N.S. found that Wright J. had committed a palpable and overriding error in finding that NAFO was not challenging the merits of the appellant's case. In MacDonald C.J.N.S.'s view, it was clear from the record that NAFO had in fact asserted just cause in dismissing the appellant. This error is important because Wright J. had relied on his conclusion that NAFO was not challenging the merits of the case to conclude that the appellant's claim did not represent an impermissible intrusion into NAFO's operations.

[22] MacDonald C.J.N.S. also took issue with Wright J.'s overall characterization of the appellant's claims. He viewed the claims as a much more significant encroachment on NAFO's operations than did Wright J. In MacDonald C.J.N.S.'s opinion, wrongful dismissal actions by their very nature represent critical and far-reaching reviews of the employer-employee relationship. He concluded on the basis of the appellant's position and responsibilities that the appellant's claims would

l'autonomie de l'organisation dans l'exercice de ses fonctions. Troisièmement, dans le domaine de l'emploi, plus les fonctions de l'employé s'estimant lésé se rapprochent des fonctions essentielles de l'organisation, plus il devient probable que l'autonomie de celle-ci sera affectée et plus augmente donc la probabilité que l'immunité s'avère nécessaire.

[20] Le juge en chef MacDonald a conclu que le juge Wright avait commis une erreur dans son interprétation du par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*, et a affirmé qu'il [TRADUCTION] « reconnaîtrait [à l'OPANO] l'immunité de juridiction contre toute poursuite interne susceptible de porter atteinte à son autonomie dans l'exercice de ses fonctions » (par. 44). Il n'y avait pas lieu selon lui d'exiger une ingérence « importante », « excessive » ou « inacceptable » (*ibid.*).

[21] En cherchant ensuite à déterminer si les réclamations de l'appelant portaient atteinte à l'autonomie de l'OPANO dans l'exercice de ses fonctions, le juge en chef MacDonald a estimé que le juge Wright avait commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'il avait conclu que l'OPANO ne contestait pas le bien-fondé de la cause de l'appelant. Selon lui, il ressortait clairement du dossier que l'OPANO avait bel et bien fait valoir l'existence d'un motif pour justifier le congédiement de l'appelant. Cette erreur était à son avis importante parce que le juge Wright s'était fondé sur sa conclusion selon laquelle l'OPANO ne contestait pas le bien-fondé de la cause pour conclure que la réclamation de l'appelant ne représentait pas une ingérence inacceptable dans les opérations de l'OPANO.

[22] Le juge en chef MacDonald a également contesté la caractérisation générale des réclamations de l'appelant faite par le juge Wright. Ces réclamations constituaient selon lui une ingérence beaucoup plus importante dans les opérations de l'OPANO. À son avis, la nature même des actions en congédiement injustifié implique des examens très importants et en profondeur de la relation employeur-employé. Il a conclu, compte tenu du poste et des responsabilités de l'appelant, que les

inevitably put NAFO's core operations under the microscope. Moreover, the appellant's claims for punitive damages and for solicitor-client costs focused on NAFO's alleged misconduct. According to MacDonald C.J.N.S., the appellant was asking the Nova Scotia Supreme Court to review and condemn NAFO's management structure. For the court to do so would amount to interference with NAFO's autonomy.

[23] MacDonald C.J.N.S. acknowledged that a finding that NAFO is entitled to immunity in this case would leave the appellant with no enforceable remedy, and noted Wright J.'s concern with the *ICCPR*. However, he stated that "it is one thing to interpret legislation in a manner that reflects the values and principles of international treaties. It is quite another to deny immunity in circumstances where, by legislation, it clearly exists" (para. 73). He therefore concluded that NAFO enjoyed immunity from all the appellant's claims.

IV. Analysis

A. *Issues*

[24] Two issues must be addressed by this Court. The main one is whether the immunity granted to NAFO applies. It raises the question of the interpretation to be given to the words "to such extent as may be required for the performance of its functions" set out in s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*. These words determine the scope and purpose of the immunity granted to the respondent.

[25] If the Court concludes that NAFO enjoys immunity from the appellant's claims, a second issue related specifically to the separation indemnity will have to be resolved: Does the immunity also apply to the appellant's claim with respect to the separation indemnity due to him under the NAFO Staff Rules?

réclamations de ce dernier supposeraient inévitablement un examen à la loupe des activités essentielles de l'OPANO. De plus, les réclamations visant l'obtention de dommages-intérêts punitifs et de dépens avocat-client étaient axées sur l'inconduite reprochée à l'OPANO. Selon le juge en chef MacDonald, l'appelant demandait alors à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de revoir et de condamner la structure de gestion de l'OPANO. Le fait pour la cour d'accéder à une telle demande constituerait une ingérence dans l'autonomie de l'OPANO.

[23] Par ailleurs, le juge en chef MacDonald a reconnu qu'une conclusion selon laquelle l'OPANO aurait droit à l'immunité en l'espèce priverait l'appelant de tout recours contre elle, et il a souligné la réserve du juge Wright concernant le *PIRDCA*. Il a toutefois affirmé : [TRADUCTION] « . . . c'est une chose que d'interpréter la loi d'une manière qui reflète les valeurs et les principes des traités internationaux. C'en est une tout autre que de refuser l'immunité lorsque la loi l'accorde manifestement » (par. 73). Il a donc conclu que l'OPANO jouissait de l'immunité de juridiction contre toutes les réclamations de l'appelant.

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[24] La Cour doit répondre à deux questions. La principale est celle de l'application ou non de l'immunité de juridiction accordée à l'OPANO. Elle soulève la question de l'interprétation à donner aux termes « dans la mesure où ses fonctions l'exigent » utilisés au par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*. En effet, ces termes établissent la portée et l'objet de l'immunité conférée à l'intimée.

[25] Si la Cour conclut que l'OPANO jouit de l'immunité de juridiction à l'égard des réclamations de l'appelant, elle devra se pencher sur une deuxième question, soit celle portant précisément sur l'indemnité de cessation d'emploi. Il s'agira de déterminer si l'immunité s'applique également à la réclamation de l'appelant relative à l'indemnité de cessation d'emploi qui lui est payable en application du règlement régissant le personnel de l'OPANO.

[26] Before addressing the interpretation to be given to s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*, I will make some general comments on immunities and privileges granted to international organizations. More specifically, I will highlight certain differences between state immunities on the one hand and immunities granted to international organizations on the other.

B. *State Immunities and Immunities Granted to International Organizations*

[27] According to a general rule of customary international law, states enjoy immunity from the jurisdiction of other states: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, I.C.J. judgment (February 3, 2012), at para. 56; International Law Commission, “Jurisdictional immunities of States and their property”, in *Yearbook of the International Law Commission 1980* (1981), vol. II, Part Two, 137, at pp. 147-48. The International Court of Justice has held that state immunity “derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order”: *Jurisdictional Immunities of the State*, at para. 57. The *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (2004) is the first attempt to codify the rules relating to state immunity in a general international convention, but it has not yet entered into force.

[28] Like other jurisdictions, Canada has legislated on state immunity. Parliament has enacted the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, which confers immunity from the jurisdiction of Canadian courts on foreign states, except in proceedings that relate to a “commercial activity”. Canada has adopted a restrictive approach to state immunity and rejected the absolute approach under which states had historically enjoyed immunity in all circumstances: J. H. Currie, C. Forcese and V. Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2007), at pp. 494-501; see also

[26] Avant de me pencher sur l’interprétation qu’il convient de donner au par. 3(1) du *Décret sur l’immunité de l’OPANO*, je formulerai certains commentaires généraux sur les immunités et les privilèges accordés aux organisations internationales. Plus précisément, je ferai ressortir certaines différences entre les immunités accordées aux États, d’une part, et celles accordées aux organisations internationales, d’autre part.

B. *Immunités accordées aux États et immunités accordées aux organisations internationales*

[27] Une règle générale du droit international coutumier reconnaît aux États une immunité de juridiction devant les tribunaux d’autres États : *Immunités juridictionnelles de l’État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*, C.I.J., arrêt (3 février 2012), par. 56; Commission du droit international, « Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », dans *Annuaire de la Commission du droit international 1980* (1981), vol. II, deuxième partie, 134, p. 144-145. Selon la Cour internationale de justice, l’immunité de l’État « procède du principe de l’égalité souveraine des États qui, ainsi que cela ressort clairement du paragraphe 1 de l’article 2 de la Charte des Nations Unies, est l’un des principes fondamentaux de l’ordre juridique international » : *Immunités juridictionnelles de l’État*, par. 57. La *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* (2004) est la première convention internationale générale visant à codifier les règles relatives à l’immunité des États; elle n’est toutefois pas encore en vigueur.

[28] À l’instar d’autres États, le Canada a légiféré quant à l’immunité des États. En effet, le Parlement a adopté la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, qui reconnaît aux États étrangers l’immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens, sauf dans les actions portant sur des « activités commerciales ». Le Canada a ainsi adopté une approche restrictive à l’égard de l’immunité des États et rejeté l’approche absolue selon laquelle les États bénéficient traditionnellement d’une immunité en toutes circonstances : J. H. Currie, C. Forcese et V. Oosterveld, *International Law* :

Kuwait Airways Corp. v. Iraq, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571.

[29] In the case of international organizations, unlike that of states, the prevailing view at present is that no rule of customary international law confers immunity on them. International organizations derive their existence from treaties, and the same holds true for their rights to immunities: H. Fox, *The Law of State Immunity* (2nd ed. 2008), at pp. 725-26. Such an organization must operate on the territory of a foreign state and through individuals who have nationality and is therefore vulnerable to interference, since it possesses neither territory nor a population of its own: Fox, at p. 724. This reality makes immunity essential to the efficient and independent functioning of international organizations. It also shapes the immunities and privileges that are granted to international organizations. Such immunities and privileges are created through a complex interplay of international agreements and the national law of host states.

[30] International organizations vary greatly in size, sphere of activities and powers. This is reflected in the source and the scope of their immunities and privileges. For example, the *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, 1 U.N.T.S. 15, and the *Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*, 33 U.N.T.S. 261, contain detailed provisions conferring broad immunities and privileges on the United Nations and its agencies. In addition to international conventions granting uniform immunities and privileges that apply in all member states, the most important international organizations such as the United Nations and its agencies also negotiate exhaustive and detailed headquarters agreements with host countries: see, e.g., *Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization*, Can. T.S. 1992 No. 7, and the Supplementary Agreements of 1999 and 2013.

[31] In the case of smaller international organizations, each organization must enter into an

Doctrine, Practice, and Theory (2007), p. 494-501; voir aussi *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571.

[29] Selon le point de vue dominant à l'heure actuelle, il n'existe en revanche aucune règle de droit international coutumier conférant une immunité aux organisations internationales. Celles-ci sont des créatures des traités et il en va de même des immunités auxquelles elles ont droit : H. Fox, *The Law of State Immunity* (2^e éd. 2008), p. 725-726. De telles organisations exercent leurs activités sur le territoire d'États étrangers et par l'intermédiaire de personnes pourvues de la nationalité de ces États; elles sont par le fait même exposées à des ingérences, parce qu'elles ne possèdent ni territoire, ni population qui leur sont propres : Fox, p. 724. Cette réalité rend l'immunité essentielle au fonctionnement efficace et indépendant des organisations internationales. Elle façonne aussi les immunités et les privilèges qui leur sont accordés et qui procèdent d'une interaction complexe entre des accords internationaux et le droit interne des États d'accueil.

[30] Les organisations internationales varient considérablement quant à leur taille, à leur sphère d'activité et à leurs pouvoirs. Cela se reflète dans la source et l'étendue des immunités et privilèges qui leur sont conférés. À titre d'exemple, la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, 1 R.T.N.U. 15, et la *Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées*, 33 R.T.N.U. 261, contiennent des dispositions détaillées conférant des immunités et des privilèges étendus aux Nations Unies et à ses institutions. En plus des conventions internationales conférant des immunités et des privilèges uniformes applicables dans tous les États membres, les organisations internationales les plus importantes comme les Nations Unies et ses institutions négocient aussi des accords de siège exhaustifs et détaillés avec l'État d'accueil : voir, p. ex., l'*Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale*, R.T. Can. 1992 n° 7, et les accords supplémentaires de 1999 et 2013.

[31] Les immunités conférées aux organisations internationales plus petites sur le territoire de l'État

agreement with the host state regarding the immunities to be enjoyed in that state's territory. Such is the case for NAFO. Article II of the Convention provides that NAFO is to come to an agreement with the contracting party (i.e. Canada) regarding the immunities and privileges it will enjoy in the territory of that party. NAFO and Canada reached an agreement in this regard, and it is reflected in the *NAFO Immunity Order*.

C. *Content and Meaning of the NAFO Immunity Order*

[32] The *NAFO Immunity Order* is an order made by the Governor in Council pursuant to the *Privileges and Immunities (International Organizations) Act*, R.S.C. 1985, c. P-23 (“*PIIO Act*”). That act was subsequently repealed and replaced by the *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41 (“*FMIO Act*”), but s. 16 of the *FMIO Act* provides that every regulation and order made under the *PIIO Act* is deemed to have been made under the *FMIO Act*.

[33] The authority of the Governor in Council to make orders in respect of the immunities of international organizations is granted in s. 5(1)(b) of the *FMIO Act*, which reads as follows:

5. (1) The Governor in Council may, by order, provide that

(b) an international organization shall, to the extent specified in the order, have the privileges and immunities set out in Articles II and III of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, set out in Schedule III;

[34] Section 3(1) of the *NAFO Immunity Order* specifies the scope of NAFO's immunities:

3. (1) The Organization shall have in Canada the legal capacities of a body corporate and shall, to such extent as may be required for the performance of its functions,

d'accueil sont, pour leur part, déterminées par une entente entre chacune de ces organisations et l'État en question. Il en va ainsi pour l'OPANO. L'article II de la Convention prévoit en effet que les immunités et privilèges dont elle jouit sur le territoire de la partie contractante (c.-à-d. le Canada) sont déterminés par une entente dont elles conviennent. L'OPANO et le Canada ont conclu une telle entente qu'énonce le *Décret sur l'immunité de l'OPANO*.

C. *Contenu et sens du Décret sur l'immunité de l'OPANO*

[32] Le *Décret sur l'immunité de l'OPANO* a été pris par le gouverneur en conseil en vertu de la *Loi sur les privilèges et immunités des organisations internationales*, L.R.C. 1985, ch. P-23 (« *LPIOI* »). Par la suite, cette loi a été abrogée et remplacée par la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, ch. 41 (« *LMÉOI* »), mais l'art. 16 de cette dernière prévoit toutefois que les règlements, décrets et arrêtés d'application de la *LPIOI* sont réputés avoir été pris en vertu de la *LMÉOI*.

[33] Le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des décrets relatifs aux privilèges et immunités des organisations internationales lui est conféré par l'al. 5(1)(b) de la *LMÉOI*, dont le texte suit :

5. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, disposer :

b) qu'une organisation internationale bénéficie, dans la mesure spécifiée, des privilèges et immunités énoncés aux articles II et III de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies reproduite à l'annexe III;

[34] Le paragraphe 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO* précise l'étendue des immunités conférées à l'OPANO :

3. (1) L'Organisation possède, au Canada, la capacité juridique d'un corps constitué et possède, dans la mesure où ses fonctions l'exigent, les privilèges et les immunités

have the privileges and immunities set forth in Articles II and III of the Convention for the United Nations.

Both the *FMIO Act* and the *NAFO Immunity Order* refer to the *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*. For the purposes of this appeal, the only relevant provision of the *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* is art. II(2), which grants immunity to the United Nations from every form of legal process, except where it has expressly waived its immunity.

[35] This appeal requires the Court to determine the meaning of the phrase “to such extent as may be required for the performance of its functions” found in s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*. In other words, the Court must establish the scope of the immunity granted to NAFO by the Governor in Council. This is a matter of legal interpretation.

[36] Regulations and orders in council must be interpreted in accordance with the modern principle of statutory interpretation: *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217, at para. 19; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285, at para. 5; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 368. As Binnie J. explained in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 38, however, it is necessary, in interpreting a regulation, to consider the words granting the authority to make the regulation in question in addition to the other interpretive factors. In this regard, Binnie J. quoted the following comment by E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 247:

It is not enough to ascertain the meaning of a regulation when read in light of its own object and the facts surrounding its making; it is also necessary to read the words conferring the power in the whole context of the authorizing statute. The intent of the statute transcends and governs the intent of the regulation.

[37] The words “to such extent as may be required for the performance of its functions” found in s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order* must therefore be read in their entire context, in their

prévus pour les Nations Unies aux Articles II et III de la Convention.

La *LMÉOI* et le *Décret sur l’immunité de l’OPANO* font tous les deux référence à la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*. Dans le présent pourvoi, la seule disposition pertinente de cette convention est l’art. II(2), qui confère aux Nations Unies l’immunité de juridiction, sauf dans la mesure où elle y a expressément renoncé.

[35] En l’espèce, la Cour doit déterminer la signification des mots « dans la mesure où ses fonctions l’exigent » utilisés au par. 3(1) du *Décret sur l’immunité de l’OPANO*. Autrement dit, elle doit établir l’étendue de l’immunité conférée à l’OPANO par le gouverneur en conseil. Il s’agit d’une question d’interprétation législative.

[36] Les règlements et les décrets doivent être interprétés conformément aux principes modernes d’interprétation des lois : *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217, par. 19; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285, par. 5; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 368. Comme l’a toutefois expliqué le juge Binnie au par. 38 de l’arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, pour interpréter un règlement, il est nécessaire d’examiner les termes conférant le pouvoir de le prendre, en plus des autres facteurs d’interprétation. Le juge Binnie a cité à cet égard l’observation suivante formulée par E. A. Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 247 :

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de déterminer le sens d’un règlement en l’interprétant au regard de son propre objet et des circonstances dans lesquelles il a été pris; il faut aussi interpréter les termes conférant les pouvoirs dans le contexte global de la loi habilitante. L’objet de la loi transcende et régit l’objet du règlement.

[37] Les termes « dans la mesure où ses fonctions l’exigent » utilisés au par. 3(1) du *Décret sur l’immunité de l’OPANO* doivent donc être interprétés dans leur contexte global, en suivant le

grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the *FMIO Act*, and in light of the grant of authority and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67.

[38] The appellant contends that the word “required” in s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order* should be understood in its ordinary and grammatical meaning of “necessary”. He also submits that any interpretation of s. 3(1) must be consistent with Canada’s international obligations, as this Court explained in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, and *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. This means that the *NAFO Immunity Order* must be interpreted in a manner consistent with the right to a fair hearing provided for in the *ICCPR*. The intervener, the Canadian Civil Liberties Association, takes a similar view, submitting that the interpretation of the *NAFO Immunity Order* should not violate the fundamental principle of access to justice. The respondent argues that, if a proper functional approach to interpretation is taken, it is entitled to immunity from the appellant’s claims.

[39] I will now turn to the interpretation of the phrase “to such extent as may be required for the performance of its functions” found in s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*. This issue will be determinative of the disposition of this appeal.

1. Ordinary and Grammatical Meaning of the Word “Required” and Context

[40] The first question concerns the ordinary and grammatical meaning of the words. In this regard, it is argued that the word “required” can be defined as “necessary”. Wright J. accepted that argument and concluded that the immunity provided for in the *NAFO Immunity Order* applies only to the extent that it is necessary, indeed indispensable,

sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la *LMÉOI*, compte tenu des pouvoirs conférés et de l’intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67.

[38] L’appelant soutient que les mots « l’exigent » qui figurent au par. 3(1) du *Décret sur l’immunité de l’OPANO* devraient être interprétés selon leur sens ordinaire et grammatical, et signifier « le nécessitent ». Il fait aussi valoir que l’interprétation donnée au par. 3(1) doit être compatible avec les obligations internationales du Canada comme l’a expliqué la Cour dans les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. Le *Décret sur l’immunité de l’OPANO* doit donc être interprété de manière compatible avec le droit à une audition équitable prévu par le *PIRDGP*. L’intervenante, l’Association canadienne des libertés civiles, adopte un point de vue semblable et soutient que l’interprétation du *Décret sur l’immunité de l’OPANO* ne devrait pas contrevenir au principe fondamental d’accès à la justice. L’intimée maintient que, si une méthode d’interprétation fonctionnelle adéquate est adoptée, elle bénéficie de l’immunité de juridiction à l’égard des réclamations de l’appelant.

[39] Je vais maintenant interpréter la proposition « dans la mesure où ses fonctions l’exigent » utilisée au par. 3(1) du *Décret sur l’immunité de l’OPANO*. Cette question est déterminante pour l’issue du présent pourvoi.

1. Sens ordinaire et grammatical des mots « l’exigent » et contexte

[40] La première question porte sur le sens ordinaire et grammatical des mots. À cet égard, on fait valoir que les mots « l’exigent » signifient « le nécessitent ». Le juge Wright a accepté cet argument et conclu que l’immunité prévue dans le *Décret sur l’immunité de l’OPANO* s’applique uniquement dans la mesure où elle est nécessaire,

to NAFO's performance of its functions. On this basis, since NAFO's functions relate to the utilization, management and conservation of fisheries resources, the organization does not require immunity in employment-related matters. In my view, the analysis must be taken beyond this admittedly common, although limited, definition of the word "required". Other interpretive factors are relevant to a determination of the meaning of s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*. These other factors point toward a broader interpretation of the word "required" than the one advanced by the appellant.

[41] The appropriateness of adopting a broad interpretation is evident from a cursory review of the context of s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*. If the word "required" were to be interpreted as meaning "necessary" in the strictest sense, officials working for NAFO would enjoy only such personal immunities and privileges as are required for the performance of their duties. This is so because the same words — "to such extent as may be required for the performance of their functions" — appear in s. 3(3) as in s. 3(1). Such a narrow interpretation of the word "required" would mean that NAFO officials would not be entitled to import their furniture and effects free of duty — arguably a common immunity enjoyed by individuals working for international organizations — because, in light of NAFO's mission, the importation of such items would not, in this strict sense, be "required" for the performance of their duties.

[42] The appellant contends that the word "required" in s. 3(1) should not be coloured by the use of the same word in s. 3(3), because the former provision concerns NAFO as a corporate entity, whereas the latter concerns NAFO's officials. This argument is without merit. The Governor in Council is presumed to have been consistent in making the *NAFO Immunity Order*. In this context, the word "required" must be deemed to have the same meaning in s. 3(1) as in s. 3(3).

voire indispensable, à l'exercice des fonctions de l'OPANO. Par conséquent, comme ses fonctions ont trait à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ressources halieutiques, l'OPANO n'a pas besoin d'une immunité pour les questions liées à l'emploi. À mon avis, l'analyse doit aller au-delà de cette définition certes courante, quoique restreinte, des termes « l'exigent ». D'autres facteurs d'interprétation sont utiles pour déterminer le sens du par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*, des facteurs qui militent pour une interprétation plus libérale des termes « l'exigent » que celle avancée par l'appellant.

[41] L'opportunité d'interpréter largement ces termes ressort clairement d'un examen rapide du contexte dans lequel se situe le par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*. Si les termes « l'exigent » devaient être interprétés comme signifiant « le nécessitent » dans le sens le plus strict, les fonctionnaires au service de l'OPANO ne bénéficieraient que des privilèges et des immunités personnels exigés par leurs fonctions. Il en est ainsi parce que les mêmes termes — « dans la mesure où leurs fonctions l'exigent » — apparaissent non seulement au par. 3(1) mais aussi au par. 3(3). Selon une interprétation aussi restrictive des termes « l'exigent », les fonctionnaires de l'OPANO ne pourraient pas importer en franchise leur mobilier et leurs effets personnels — une immunité dont, peut-on soutenir, bénéficient habituellement les employés des organisations internationales —, parce que, compte tenu de la mission de l'OPANO, l'importation de tels articles ne serait pas, dans ce sens strict, « exig[ée] » par leurs fonctions.

[42] L'appellant soutient que l'interprétation des termes « l'exigent » au par. 3(1) ne devrait pas être influencée par l'utilisation des mêmes termes au par. 3(3), parce que la première disposition concerne l'OPANO en tant que personne morale alors que la deuxième vise les fonctionnaires de l'organisation. Cet argument est sans fondement. Le gouverneur en conseil est présumé avoir fait preuve de cohérence dans l'établissement du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*. Dans ce contexte, il faut considérer que les termes « l'exigent » utilisés aux par. 3(1) et 3(3) ont le même sens.

2. Objective of the FMIO Act

[43] In enacting the *FMIO Act*, Parliament sought to accomplish three things: consolidate the contents of the *Diplomatic and Consular Privileges and Immunities Act*, R.S.C. 1985, c. P-22, and the *Privileges and Immunities (International Organizations) Act* in a single statute; modernize the immunities it grants to foreign states and international organizations in accordance with developments in international law and practice; and provide for immunities and privileges to subunits of foreign states so that the provinces' missions abroad can receive reciprocal immunities: *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, at pp. 3332 ff. In referring specifically to international organizations, the Honourable Marcel Danis said the following on behalf of the Secretary of State for External Affairs:

International law also grants a special status to international organizations. Membership in the UN, the OECD, and other organizations of states, carries with it the obligation to grant those organizations and their officers certain privileges and immunities. Without legislation permitting the grant of such privileges and immunities, Canada could not be a member of those organizations. Nor could we act as host for such organizations as the International Civil Aviation Organization in Montreal or the Commonwealth of Learning in Vancouver.

At present, such organizations are granted privileges and immunities by Order in Council under the *Privileges and Immunities (International Organizations) Act*. The level of treatment which Canada can grant international organizations has not changed since the predecessor to that act, the *Privileges and Immunities (United Nations) Act*, was passed in 1947. But international standards of treatment for such organizations have changed significantly, and the restrictions of the existing legislation have created difficulties for Canada's relations with international organizations, including the largest international organization with headquarters in Canada.

One way in which we can enhance our role in such organizations is by encouraging them to establish offices, or preferably headquarters, in Canada. With modernized

2. Objet de la LMÉOI

[43] En adoptant la *LMÉOI*, le législateur avait trois objectifs : fusionner en une seule loi la *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, L.R.C. 1985, ch. P-22, et la *Loi sur les privilèges et immunités des organisations internationales*; moderniser les immunités qu'il accorde aux États étrangers et aux organisations internationales conformément à l'évolution du droit international et de la pratique y afférente; et accorder des immunités et privilèges à des subdivisions d'États étrangers pour que les missions provinciales à l'étranger puissent, réciproquement, jouir d'immunités : *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 34^e lég., 4 octobre 1991, p. 3332 et suiv. Se référant plus particulièrement aux organisations internationales, l'honorable Marcel Danis a rappelé ces objectifs au nom de la secrétaire d'État aux Affaires extérieures :

Le droit international confère également un statut particulier aux organisations internationales. L'adhésion aux Nations Unies, à l'OCDE et à d'autres organisations d'États est assortie de l'obligation d'accorder certains privilèges et immunités à ces organisations et à leurs agents. À défaut d'une loi permettant d'accorder ces privilèges et immunités, le Canada ne pourrait pas être membre de ces organisations, pas plus qu'il ne pourrait accueillir sur son territoire leur siège comme c'est le cas de l'Organisation de l'aviation civile internationale à Montréal ou du Commonwealth of Learning à Vancouver.

À l'heure actuelle, ces organisations obtiennent des privilèges et des immunités par décret, en vertu de la *Loi sur les privilèges et immunités des organisations internationales*. Le traitement que le Canada peut accorder à des organisations internationales n'a pas changé depuis l'adoption de la loi précédente, la *Loi sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, en 1947. Cependant, les normes internationales en ce qui concerne le traitement de ces organisations ont changé du tout au tout et les limites imposées par la législation actuelle nuisent aux relations du Canada avec des organisations internationales, notamment la plus importante ayant son siège au Canada.

Une des façons de mieux défendre nos objectifs au sein de ces organisations consiste à les encourager à établir leurs bureaux ou, encore mieux, leur siège au

legislation Canada can pursue more vigorously its policy of working to attract the offices of international organizations in Canada. [pp. 3333-34]

[44] Thus, Parliament's objective in enacting the *FMIO Act* was, where international organizations are concerned, to modernize the rules respecting the immunities and privileges it could grant them. This was done both to reflect recent trends in international law and to make Canada an attractive location for such organizations to establish headquarters or offices. To limit the immunity granted in s. 3(1) as narrowly as the appellant proposes would run counter to Parliament's objectives of modernization, flexibility and respect for the independence of international organizations hosted by Canada.

[45] It bears repeating at this point that immunity is essential to the efficient functioning of international organizations. Without immunity, an international organization would be vulnerable to intrusions into its operations and agenda by the host state and that state's courts. See W. M. Berenson, "Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of the OAS", in H. Cissé, D. D. Bradlow and B. Kingsbury, eds., *The World Bank Legal Review* (2012), vol. 3, 133. See also L. Preuss, "The International Organizations Immunities Act" (1946), 40 *Am. J. Int'l L.* 332, at p. 345.

3. Granting of Authority in the *FMIO Act*

[46] As I mentioned above, in interpreting a regulation or an order in council, a court must consider, in addition to the usual interpretive factors, the statutory provision that grants the authority to make the regulation or order in council in question: *Bristol-Myers Squibb*, at para. 38. Section 5(1)(b) of the *FMIO Act* authorizes the Governor in Council to make an order providing that an international organization

shall, to the extent specified in the order, have the privileges and immunities set out in Articles II and III of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations . . .

Canada. Grâce à une législation plus moderne, nous pourrions poursuivre de façon plus dynamique notre politique tendant à attirer les bureaux des organisations internationales au Canada. [p. 3333-3334]

[44] En adoptant la *LMÉOI*, le législateur avait donc entre autres pour objectif de moderniser les règles relatives aux immunités et aux privilèges qu'il pouvait accorder aux organisations internationales. Il voulait ainsi tenir compte des tendances actuelles en droit international et faire du Canada un endroit attrayant pour l'établissement du siège ou des bureaux de telles organisations. Interpréter l'immunité accordée au par. 3(1) pour lui donner une portée aussi limitée que le propose l'appellant irait à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur, soit la modernisation, la souplesse et le respect de l'indépendance des organisations internationales accueillies par le Canada.

[45] Il convient ici de répéter que l'immunité est essentielle au fonctionnement efficace des organisations internationales. En son absence, rien n'empêcherait l'État d'accueil et ses tribunaux de s'ingérer dans leurs opérations et leur programme. Voir W. M. Berenson, « Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial : The Case of the OAS », dans H. Cissé, D. D. Bradlow et B. Kingsbury, dir., *The World Bank Legal Review* (2012), vol. 3, 133. Voir aussi L. Preuss, « The International Organizations Immunities Act » (1946), 40 *Am. J. Int'l L.* 332, p. 345.

3. Attribution de pouvoir dans la *LMÉOI*

[46] Comme nous l'avons vu, dans l'interprétation d'un règlement ou d'un décret, les tribunaux doivent tenir compte non seulement des facteurs d'interprétation habituels, mais aussi de la disposition législative conférant le pouvoir de prendre le règlement ou le décret en question : *Bristol-Myers Squibb*, par. 38. C'est l'alinéa 5(1)(b) de la *LMÉOI* qui autorise le gouverneur en conseil à disposer par décret qu'une organisation internationale

bénéficie, dans la mesure spécifiée, des privilèges et immunités énoncés aux articles II et III de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies . . .

The *FMIO Act* therefore grants to the Governor in Council the power to confer on an international organization all, or some of, the privileges and immunities conferred on the United Nations in arts. II and III of the *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*. The *FMIO Act* gives the Governor in Council flexibility to determine the scope of the immunities and privileges to be granted to each international organization on a case-by-case basis. The Governor in Council is delegated a broad regulatory authority to frame the immunities in a way that is consistent with the functions to be discharged by various international organizations. The immunities are not limited to the narrowest possible range. Rather, the Governor in Council must assure the international community that, as a host, our country will be mindful and respectful of the roles and the institutional independence of international organizations.

4. Scheme of the *NAFO Immunity Order*

[47] The context and objectives discussed above are reflected in the *NAFO Immunity Order*. The order sets out a scheme by which Canada confers certain immunities and privileges on NAFO. These immunities and privileges are found in s. 3, which reads as follows:

3. (1) The Organization shall have in Canada the legal capacities of a body corporate and shall, to such extent as may be required for the performance of its functions, have the privileges and immunities set forth in Articles II and III of the Convention for the United Nations.

(2) Representatives of states and governments that are members of the Organization shall have in Canada, to such extent as may be required for the performance of their functions, the privileges and immunities set forth in Article IV of the Convention for representatives of members.

(3) All officials of the Organization shall have in Canada, to such extent as may be required for the performance of their functions, the privileges and immunities set forth in Article V of the Convention for officials of the United Nations.

La *LMÉOI* accorde donc au gouverneur en conseil le pouvoir de conférer à une organisation internationale l'ensemble ou une partie des privilèges et des immunités accordés aux Nations Unies par les art. II et III de la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*. La *LMÉOI* donne au gouverneur en conseil une certaine souplesse pour déterminer l'étendue des immunités et des privilèges à accorder au cas par cas à chaque organisation internationale. Le gouverneur en conseil dispose d'un vaste pouvoir de réglementation lui permettant d'établir les immunités d'une manière qui est compatible avec les fonctions dont doivent s'acquitter différentes organisations internationales. Il n'est pas tenu de fournir l'éventail le plus restreint possible d'immunités. Il doit plutôt donner à la communauté internationale l'assurance que nous serons un pays d'accueil conscient et respectueux du rôle des organisations internationales et de leur indépendance institutionnelle.

4. Régime établi par le *Décret sur l'immunité de l'OPANO*

[47] Le *Décret sur l'immunité de l'OPANO* a été établi compte tenu du contexte et des objectifs examinés précédemment. Il établit un régime par lequel le Canada confère certaines immunités et certains privilèges à l'OPANO. Ces immunités et privilèges sont décrits à l'art. 3, rédigé en ces termes :

3. (1) L'Organisation possède, au Canada, la capacité juridique d'un corps constitué et possède, dans la mesure où ses fonctions l'exigent, les privilèges et les immunités prévus pour les Nations Unies aux Articles II et III de la Convention.

(2) Les représentants d'États et de gouvernements membres de l'Organisation possèdent, au Canada, dans la mesure où leurs fonctions l'exigent, les privilèges et les immunités prévus pour les représentants de membres à l'Article IV de la Convention.

(3) Tous les fonctionnaires de l'Organisation possèdent, au Canada, dans la mesure où leurs fonctions l'exigent, les privilèges et les immunités prévus pour les fonctionnaires des Nations Unies à l'Article V de la Convention.

(4) All experts performing missions for the Organization shall have in Canada, to such extent as may be required for the performance of their functions, the privileges and immunities set forth in Article VI of the Convention for experts on missions for the United Nations.

(5) Nothing in this Order exempts a person who is a Canadian citizen residing or ordinarily resident in Canada from liability for any duties or taxe[s] imposed by any law in Canada.

[48] The *NAFO Immunity Order* provides privileges and immunities for all those who are associated with NAFO's activities. Section 3(1) grants immunity to NAFO itself, given that it has the legal capacities of a body corporate. Sections 3(2) through (4) confer privileges and immunities on certain individuals: representatives of member states of NAFO; NAFO officials; and experts performing missions for NAFO. The privileges and immunities thus conferred on NAFO and on its officials, representatives and experts are the ones set forth in the *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, and they are granted "to such extent as may be required for the performance of [its/their] functions".

[49] In limiting these immunities and privileges to the extent required for NAFO to perform its functions, the Governor in Council did not grant NAFO the absolute immunity conferred on the United Nations in the *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*: P. Sands and P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (6th ed. 2009), at p. 494. Rather, the Governor in Council granted NAFO a functional immunity, that is, the immunity required to enable NAFO to perform its functions without undue interference.

[50] In interpreting this functional immunity, the Court of Appeal drew a parallel with parliamentary privilege and based its analysis on this Court's decision in *Vaid*. At issue in that case was whether the Canadian Human Rights Commission could investigate Mr. Vaid's complaint that he had been constructively dismissed by the Speaker of the House of Commons for reasons that amounted to workplace discrimination and harassment. The Court had to decide whether the hiring and firing

(4) Tous les experts accomplissant des missions pour l'Organisation possèdent, au Canada, dans la mesure où leurs fonctions l'exigent, les privilèges et les immunités prévus à l'Article VI de la Convention à l'égard des experts en mission pour l'Organisation des Nations Unies.

(5) Aucune disposition du présent décret n'exonère un citoyen canadien résidant ou ayant sa résidence ordinaire au Canada de l'obligation de payer les impôts ou droits établis par une loi au Canada.

[48] Le *Décret sur l'immunité de l'OPANO* prévoit des privilèges et des immunités pour toutes les personnes associées aux activités de l'OPANO. Suivant le par. 3(1), l'OPANO elle-même bénéficie de l'immunité, puisqu'elle possède la capacité juridique d'un corps constitué. Les paragraphes 3(2) à (4) confèrent des privilèges et des immunités à certaines personnes : aux représentants d'États membres de l'OPANO, aux fonctionnaires de cette dernière, et aux experts accomplissant des missions pour elle. L'OPANO, ses fonctionnaires, ses représentants et ses experts possèdent donc les privilèges et immunités prévus dans la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, « dans la mesure où [ses/leurs] fonctions l'exigent ».

[49] En limitant ces immunités et ces privilèges à ceux qu'exigent les fonctions de l'OPANO, le gouverneur en conseil n'a pas accordé à l'OPANO l'immunité absolue conférée aux Nations Unies par la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* : P. Sands et P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (6^e éd. 2009), p. 494. Il lui a plutôt accordé l'immunité fonctionnelle, c'est-à-dire l'immunité dont elle a besoin pour être en mesure d'exercer ses fonctions sans ingérence injustifiée.

[50] En interprétant cette immunité fonctionnelle, la Cour d'appel a établi un parallèle avec le privilège parlementaire et a fondé son analyse sur l'arrêt rendu par la Cour dans *Vaid*. Il fallait déterminer dans cette affaire si la Commission canadienne des droits de la personne pouvait enquêter sur la plainte de M. Vaid selon laquelle le président de la Chambre des communes l'avait congédié indirectement pour des motifs qui constituaient de la discrimination et du harcèlement en matière d'emploi. La

of House employees are “internal affairs” to which parliamentary privilege applies. Since the object of parliamentary privilege is the same as that of an immunity conferred on an international organization (or any other immunity), that is to remove the subject of the immunity from the jurisdiction of the courts, *Vaid* is relevant to the interpretation of s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*.

[51] In *Vaid*, Binnie J. said that the foundation of parliamentary privilege is the concept of “necessity”, which is to be broadly construed and is understood to relate to the “dignity and efficiency of the House”: para. 29. He observed that dignity and efficiency are linked to autonomy, which is necessary in order for Parliament to conduct its business: *ibid*. In consequence, a functional approach should be taken in assessing parliamentary privilege: only those acts that are necessary (in the broad sense mentioned above) in order for Parliament to conduct its business will be exempt from the jurisdiction of the courts.

[52] In my view, this same approach should be taken in determining the scope of the immunity granted to NAFO in the *NAFO Immunity Order*. The drafters of the *NAFO Immunity Order* adopted a functional approach to immunity, as can be seen from the very words they chose for s. 3(1): “to such extent as may be required for the performance of its functions”.

[53] It follows that NAFO’s autonomy to conduct its business and the actions it takes in performing its functions must be shielded from undue interference. What is necessary for the performance of NAFO’s functions, or what constitutes undue interference, must be determined on a case-by-case basis.

D. *Application to This Case*

[54] In this appeal, the Court must determine whether the management of relationships with senior officials should come under the protection of

Cour devait décider si l’embauche et le renvoi des employés de la Chambre des communes constituent des « affaires internes » auxquelles s’applique le privilège parlementaire. Puisque l’objet d’un privilège parlementaire est le même que celui d’une immunité conférée à une organisation internationale (ou de toute autre immunité), soit de priver les tribunaux de toute compétence quant aux matières visées par l’immunité, l’arrêt *Vaid* est pertinent pour l’interprétation du par. 3(1) du *Décret sur l’immunité de l’OPANO*.

[51] Dans l’arrêt *Vaid*, le juge Binnie a affirmé que le fondement du privilège parlementaire est la « nécessité », concept devant être interprété largement et se rapportant à la « dignité et [à] l’efficacité de l’Assemblée » : par. 29. Il a fait observer que la dignité et l’efficacité se rapportent à l’autonomie, nécessaire pour que le Parlement accomplisse son travail : *ibid*. En conséquence, il convient d’adopter une approche fonctionnelle dans l’évaluation du privilège parlementaire : seuls les actes nécessaires (au sens large, rappelons-le), pour que le Parlement accomplisse son travail ne sont pas assujettis à la compétence des tribunaux.

[52] Il convient, à mon avis, d’adopter la même approche pour déterminer l’étendue de l’immunité accordée à l’OPANO dans le *Décret sur l’immunité de l’OPANO*. En effet, les auteurs de ce décret ont adopté une approche fonctionnelle à l’égard de l’immunité, comme en témoigne le libellé même choisi du par. 3(1) : « dans la mesure où ses fonctions l’exigent ».

[53] L’autonomie de l’OPANO et les mesures qu’elle prend dans l’exercice de ses fonctions doivent donc être mises à l’abri de toute ingérence injustifiée. Toutefois, les questions portant sur les mesures nécessaires pour l’exercice des fonctions de l’OPANO ou sur ce qui constitue une ingérence injustifiée doivent être tranchées au cas par cas.

D. *Application en l’espèce*

[54] En l’espèce, la Cour doit déterminer si la gestion des relations avec les cadres supérieurs devrait être visée par l’immunité conférée à

the immunity granted to NAFO. In my view, immunity from the appellant's claims is "required", within the meaning of the *NAFO Immunity Order*, in order for NAFO to perform its functions.

[55] The overall objective of NAFO is to contribute through consultation and cooperation to the optimum utilization, rational management and conservation of the fisheries resources of the Northwest Atlantic. Wright J. found that hearing the appellant's claims would not constitute an impermissible intrusion into NAFO's internal management. With respect, I cannot accept that conclusion.

[56] This Court has recognized that labour relations are important to the achievement of an organization's mission: *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50. Indeed, without employees, NAFO could not further its overall objective. In *Re Canada Labour Code*, this Court had to determine whether labour relations at a U.S. military base in Newfoundland constituted a sovereign activity that was immune from the jurisdiction of Canadian courts. Although the case dealt with the *State Immunity Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 95, and with the concept of "commercial activity" for which no immunity exists in Canada, it is nonetheless relevant because of what La Forest J., writing for the majority, said about employment in the context of immunity. He held that the employment relationship is a "multi-faceted" one that must be considered as a whole and in light of its context: pp. 76 and 80.

[57] In the case at bar, the appellant was the Deputy Executive Secretary of NAFO, the second-in-command in the Secretariat. He directly supervised other staff and was responsible for the scientific aspect of NAFO's mission. That alone would be sufficient to conclude that immunity is required in this case in order for NAFO to perform its functions. NAFO must have the power to manage its employees, especially those in senior positions, if it is to perform its functions efficiently. To

l'OPANO. À mon avis, ses fonctions « exigent », au sens où il faut l'entendre pour l'application du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*, que l'OPANO jouisse de l'immunité de juridiction contre les réclamations de l'appelant.

[55] L'OPANO a pour mandat général de contribuer par la consultation et la coopération à l'utilisation optimale, à la gestion rationnelle et à la conservation des ressources halieutiques de l'Atlantique Nord-Ouest. Selon le juge Wright, entendre les réclamations de l'appelant ne constituerait pas une ingérence inacceptable dans la régie interne de l'OPANO. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion.

[56] La Cour a reconnu que les relations de travail jouent un rôle important dans l'accomplissement de la mission d'une organisation : *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50. L'OPANO ne pourrait d'ailleurs pas réaliser son mandat général sans ses employés. Dans *Re Code canadien du travail*, la Cour était appelée à déterminer si les relations de travail dans une base militaire américaine à Terre-Neuve constituaient des activités d'un État souverain qui bénéficiaient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens. Même s'il concernait la *Loi sur l'immunité des États*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 95, et le concept des « activités commerciales » auxquelles ne s'applique pas l'immunité de juridiction au Canada, cet arrêt demeure pertinent en raison des observations du juge La Forest, au nom des juges majoritaires, sur le rôle des relations d'emploi dans le contexte de l'immunité de juridiction. En effet, il a déclaré que la relation d'emploi constitue une relation « à plusieurs facettes » à considérer dans sa globalité et en tenant compte du contexte : p. 76 et 80.

[57] En l'espèce, l'appelant était le secrétaire exécutif adjoint de l'OPANO, c'est-à-dire le numéro deux du secrétariat. Il supervisait directement d'autres employés et était responsable du volet scientifique du mandat de l'organisation. Cela suffirait en soi pour conclure que les fonctions de l'OPANO exigent l'application de l'immunité de juridiction en l'espèce. L'OPANO doit être en mesure de gérer ses employés, notamment ceux qui occupent des postes supérieurs, afin d'accomplir

allow employment-related claims of senior officials to proceed in Canadian courts would constitute undue interference with NAFO's autonomy in performing its functions and would amount to submitting its managerial operations to the oversight of its host state's institutions.

[58] This result would flow from the very nature of the appellant's legal proceedings. In his statement of claim, he alleges that the Executive Secretary "engaged in improper management practices": A.R., vol. II, at p. 13. He also seeks punitive damages. In doing so, he is asking the Nova Scotia Supreme Court to pass judgment on NAFO's management of its employees. That, in my view, would constitute interference with NAFO's internal management, which goes directly to its autonomy.

E. *Denial of Justice*

[59] One last issue needs to be addressed with respect to s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*. In slightly different arguments, both the appellant and the intervener submit that to find that NAFO is entitled to immunity would constitute a denial of justice, because the appellant would be left without a forum to air his grievances and without a remedy. The intervener, relying on the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, and European case law, submits that the absence of a dispute resolution mechanism at NAFO should militate against such a finding.

[60] The absence of a dispute resolution mechanism or of an internal review process is not, in and of itself, determinative of whether NAFO is entitled to immunity. As I mentioned above, an employment relationship must be considered as a whole and in light of its context. Furthermore, the European cases upon which the intervener relies arose in a different legal context, namely that of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221.

efficacement ses fonctions. Permettre que des poursuites liées à l'emploi intentées contre l'OPANO par ses cadres supérieurs soient entendues par les tribunaux canadiens porterait atteinte de façon injustifiée à l'autonomie de l'OPANO dans l'exercice de ses fonctions et reviendrait à assujettir ses opérations de gestion à la surveillance des institutions de l'État d'accueil.

[58] Ce résultat découlerait de la nature même de la procédure judiciaire intentée par l'appelant. Dans sa déclaration, l'appelant allègue que le secrétaire exécutif [TRADUCTION] « a appliqué des pratiques de gestion irrégulières » : d.a., vol. II, p. 13. Il sollicite également des dommages-intérêts punitifs. Ce faisant, il demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de se prononcer sur la façon dont l'OPANO gère ses employés. Ce type d'intervention constituerait, à mon avis, une ingérence dans la régie interne de l'OPANO, une ingérence qui touche directement à son autonomie.

E. *Déni de justice*

[59] Le paragraphe 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO* soulève une dernière question. En formulant des arguments légèrement différents, tant l'appelant que l'intervenante font valoir que si l'OPANO bénéficiait de l'immunité de juridiction, il en résulterait un déni de justice, puisque l'appelant se trouverait par le fait même privé de la possibilité de faire valoir ses moyens devant un tribunal et d'obtenir réparation. Se fondant sur la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, et sur la jurisprudence européenne, l'intervenante soutient que l'absence de mécanisme de règlement des différends à l'OPANO devrait militer contre l'application de l'immunité.

[60] L'absence d'un mécanisme de règlement des différends ou d'un processus interne d'examen n'est pas en soi déterminante pour décider si l'OPANO bénéficie de l'immunité. Comme nous l'avons vu précédemment, il faut considérer la relation d'emploi dans sa globalité et en tenant compte du contexte. En outre, la jurisprudence européenne sur laquelle se fonde l'intervenante a été établie dans un contexte juridique différent, soit celui de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221.

[61] As for the *Canadian Bill of Rights*, the “right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations” recognized in s. 2(e) does not create a substantive right to make a claim. Rather, it provides for a fair hearing if and when a hearing is held. (See also *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, at para. 109; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at paras. 59-61.) Section 2(e) is the source of a procedural right, not of a substantive right.

[62] The same holds true for the appellant’s argument based on art. 14 of the *ICCPR*, a provision which guarantees that “[i]n the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.” Like s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, art. 14 creates a guarantee of a procedural nature. Furthermore, in its commentary on the *ICCPR*, the United Nations Human Rights Committee explains that a limitation on this right that is based on an immunity deriving from international law would not violate art. 14: *General Comment No. 32, Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007, at para. 18.

[63] The fact that the appellant has no forum in which to air his grievances and seek a remedy is unfortunate. However, it is the nature of an immunity to shield certain matters from the jurisdiction of the host state’s courts. As La Forest J. said in *Re Canada Labour Code* in the context of sovereign immunity, it is an “inevitable result” of a grant of immunity that certain parties will be left without legal recourse, and this is a “policy choice implicit” in the legislation: p. 91. The same holds true in the instant case.

[61] Dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit reconnu à l’al. 2e) « à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations », ne crée pas un droit substantiel d’intenter une action. Cette disposition prévoit plutôt la tenue d’une audience impartiale si effectivement une audience a lieu. (Voir aussi *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, par. 109; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 59-61.) L’alinéa 2e) crée donc un droit procédural, et non un droit substantiel.

[62] Il en va de même pour l’argument de l’appelant fondé sur l’art. 14 du *PIRDGP*, disposition selon laquelle « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. » Tout comme l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, l’art. 14 crée une garantie de nature procédurale. De plus, dans ses observations relatives au *PIRDGP*, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a expliqué qu’une restriction à ce droit fondée sur une immunité découlant du droit international ne contreviendrait pas à l’art. 14 : *Observation générale n° 32, Article 14. Droit à l’égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc. N.U. CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, par. 18.

[63] Il est regrettable que l’appelant ne puisse pas faire valoir ses moyens devant un tribunal et demander réparation. Cependant, la nature même de l’immunité de juridiction soustrait certaines affaires de la compétence des tribunaux de l’État d’accueil. Comme l’a affirmé le juge La Forest dans *Re Code canadien du travail*, le fait que certaines parties se trouveront dépourvues de tout recours judiciaire est le résultat « inévitable » de l’octroi de l’immunité de juridiction et constitue un « choix de principe implicite » dans la loi : p. 91. Il en est de même en l’espèce.

F. *Appellant's Claim for the Separation Indemnity*

[64] The appellant also claims the balance of the separation indemnity in the amount of \$50,000. Although the Court of Appeal did not address this issue directly, it concluded that NAFO enjoys immunity from all the appellant's claims. NAFO submits that because the appellant's statement of claim inextricably links his attacks on its management with its failure to pay the second allotment of the separation indemnity, it enjoys immunity from this claim as well. In my view, this position is untenable.

[65] First, this claim relates solely to rule 10.4 of the NAFO Staff Rules, which provides that a separation indemnity must be paid to any departing employee, regardless of the reasons for the termination of the employment relationship. The enforcement of rule 10.4 would not amount to submitting NAFO's managerial operations to the oversight of Canadian courts. The separation indemnity claim would in no way interfere with NAFO's performance of its functions.

[66] Second, the resolution of this issue is made even simpler in this case because NAFO recognizes that a separation indemnity is owed to the appellant under the Staff Rules and concedes that the "Immunity Order does not immunize NAFO from a lawsuit that only seeks payment of entitlements under the NAFO Staff Rules": R.F., at para. 57; see also para. 93.

[67] In sum, no compelling reason exists for finding that s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order* applies to the appellant's claim with respect to the separation indemnity. This claim should be allowed to proceed.

F. *Indemnité de cessation d'emploi réclamée par l'appelant*

[64] Par ailleurs, l'appelant réclame également le reste de l'indemnité de 50 000 \$ payable pour la cessation d'emploi. Bien qu'elle n'ait pas répondu directement à la question, la Cour d'appel a conclu que l'OPANO bénéficie de l'immunité de juridiction contre toutes les réclamations présentées par l'appelant. Selon l'OPANO, vu que l'appelant, dans sa déclaration, lie inextricablement ses attaques contre le mode de gestion de l'OPANO au défaut de cette dernière d'effectuer le deuxième versement de l'indemnité de cessation d'emploi, l'immunité de juridiction s'applique également à cette réclamation. À mon avis, cette position est intenable.

[65] Premièrement, cette réclamation concerne uniquement l'art. 10.4 du règlement régissant le personnel de l'OPANO, selon lequel une indemnité de cessation d'emploi doit être payée à tout employé quittant son emploi, indépendamment des motifs de son départ. Appliquer l'art. 10.4 ne reviendrait pas à assujettir les opérations de gestion de l'OPANO à la surveillance des tribunaux canadiens. La réclamation relative à l'indemnité de cessation d'emploi ne porterait nullement atteinte à l'exercice des fonctions de l'OPANO.

[66] Deuxièmement, le fait que l'OPANO reconnaisse à l'appelant le droit à une indemnité de cessation d'emploi en application du règlement régissant le personnel et concède que le [TRADUCTION] « Décret sur l'immunité ne met pas l'OPANO à l'abri d'une poursuite visant uniquement à obtenir le paiement de montants dus au titre du règlement régissant le personnel de cette organisation » simplifie encore davantage la résolution de cette question : m.i., par. 57; voir aussi par. 93.

[67] En somme, aucune raison valable ne permet de conclure que le par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO* s'applique à la réclamation de l'appelant relative à l'indemnité de cessation d'emploi. Cette réclamation devrait pouvoir suivre son cours.

V. Conclusion

[68] I conclude that pursuant to s. 3(1) of the *NAFO Immunity Order*, NAFO enjoys immunity from the appellant's claims, with the exception of the claim concerning the separation indemnity. The appeal is therefore allowed in part, with costs to the appellant. The matter is remanded to the Nova Scotia Supreme Court for adjudication of the remaining claim.

Appeal allowed in part with costs.

Solicitor for the appellant: David A. Copp, Halifax.

Solicitors for the respondent: Stewart McKelvey, Halifax.

Solicitors for the intervener: Borden Ladner Gervais, Toronto.

V. Conclusion

[68] Je conclus que, conformément au par. 3(1) du *Décret sur l'immunité de l'OPANO*, l'OPANO bénéficie de l'immunité de juridiction à l'égard des réclamations de l'appellant, sauf en ce qui concerne la réclamation relative au paiement de l'indemnité de cessation d'emploi. Le pourvoi est donc accueilli en partie, avec dépens en faveur de l'appelant. L'affaire est renvoyée à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour que celle-ci statue sur la réclamation qui subsiste.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureur de l'appelant : David A. Copp, Halifax.

Procureurs de l'intimée : Stewart McKelvey, Halifax.

Procureurs de l'intervenante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Patricia McLean *Appellant*

v.

**Executive Director of the British Columbia
Securities Commission** *Respondent*

and

**Financial Advisors Association of Canada and
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: McLEAN v. BRITISH COLUMBIA
(SECURITIES COMMISSION)**

2013 SCC 67

File No.: 34593.

2013: March 21; 2013: December 5.

Present: LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Administrative law — Securities — Standard of review — Limitation of actions — Appellant entering into settlement agreement with Ontario Securities Commission in respect to certain possible improper actions — B.C. Securities Commission initiating secondary proceedings based on settlement agreement — B.C. Securities Act establishing limitation period of six years from date of “events” giving rise to proceedings — Whether “events” triggering six-year limitation period are the underlying misconduct giving rise to the settlement agreement, or the settlement agreement itself — Whether the standard of review of the Commission’s decision should be correctness or reasonableness — Having regard to the standard of review, whether there is any basis to interfere with the Commission’s interpretation — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 159, 161(6)(d).

On September 8, 2008, M entered into a settlement agreement with the Ontario Securities Commission in respect to misconduct that occurred in Ontario, in 2001 or earlier. The Ontario Securities Commission issued an order in the public interest barring her from trading in securities for five years and banning her from acting

Patricia McLean *Appelante*

c.

**Directeur général de la British Columbia
Securities Commission** *Intimé*

et

**Association des conseillers en finances du
Canada et Commission des valeurs mobilières
de l’Ontario** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : McLEAN c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(SECURITIES COMMISSION)**

2013 CSC 67

N° du greffe : 34593.

2013 : 21 mars; 2013 : 5 décembre.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit administratif — Valeurs mobilières — Norme de contrôle — Prescription — Règlement intervenu entre l’appelante et la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario relativement à de possibles irrégularités — Instance secondaire engagée par la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. sur le fondement de ce règlement — Loi sur les valeurs mobilières de la C.-B. prévoyant un délai de prescription de six ans à compter de « l’événement » qui donne lieu à l’instance — L’« événement » à partir duquel commence à courir le délai de six ans correspond-il à l’inconduite qui est à l’origine du règlement ou au règlement lui-même? — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Au regard de la bonne norme de contrôle, quelque élément justifie-t-il que l’on réforme l’interprétation de la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 159, 161(6)d).

Le 8 septembre 2008, M a convenu d’un règlement avec la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario relativement à une inconduite survenue en Ontario au plus tard en 2001. La Commission des valeurs mobilières de l’Ontario a rendu dans l’intérêt public une ordonnance interdisant à M, pendant cinq ans, toute opération sur

as an officer or director of certain entities registered in Ontario for 10 years. On January 14, 2010, the respondent notified M that he was applying to the British Columbia Securities Commission for a public interest order against her based on s. 161(6)(d) of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418. Section 161(6)(d) empowers the Commission to bring proceedings in the public interest against persons who have agreed with another jurisdiction's securities regulator, by way of a settlement agreement, to be subject to regulatory action. Section 159 of the *Securities Act* sets out that all proceedings under the Act "must not be commenced more than 6 years after the date of the events that give rise to the proceedings". The Commission issued a reciprocal order adopting the same prohibitions as are set out in the Ontario Securities Commission's order. In doing so, the Commission implicitly interpreted s. 159, as it applies to s. 161(6)(d), such that "the event" that triggered the six-year limitation period was M's entering into a settlement agreement and not the misconduct that occurred in 2001 or earlier. The Court of Appeal applied a correctness standard of review and upheld the Commission's implied decision that "the event" that gave rise to the proceedings in British Columbia under s. 161(6)(d) was the agreement in Ontario.

Held: The appeal should be dismissed

Per LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: The question presented is whether, for purposes of s. 161(6)(d), "the events" that trigger the six-year limitation period in s. 159 are (i) the underlying misconduct that gave rise to the settlement agreement or (ii) the settlement agreement itself. A review of the ordinary meaning, the context, and the purpose of both ss. 159 and 161(6) of the *Securities Act* reasonably supports the Commission's conclusion that the event giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of having agreed with a securities regulatory authority to be subject to regulatory action. The appropriate standard of review is reasonableness. Both parties proposed reasonable interpretations of s. 159 of the *Securities Act*, as it applies to s. 161(6)(d). However, under reasonableness review, courts defer to any reasonable interpretation adopted by an administrative decision maker, even if other reasonable interpretations may exist. Because the Commission's interpretation has not been shown to be an unreasonable one, there is no basis to interfere on judicial review.

valeurs mobilières et, pendant 10 ans, l'exercice de toute fonction de dirigeante ou d'administratrice au sein de certaines entreprises inscrites en Ontario. Le 14 janvier 2010, l'intimé a fait savoir à M qu'il demanderait à la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. de rendre à son encontre une ordonnance d'intérêt public sur le fondement de l'al. 161(6)d) de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418. Cette disposition habilite la Commission à engager une instance dans l'intérêt public contre la personne qui consent par voie de règlement avec l'organisme de réglementation des valeurs mobilières d'un autre ressort à faire l'objet d'une mesure réglementaire. L'article 159 de la *Securities Act* dispose qu'« est irrecevable [toute] instance engagée sous le régime de la [Loi] plus de 6 ans après l'événement qui y donne lieu ». La Commission a rendu une ordonnance réciproque qui prévoyait les mêmes interdictions que l'ordonnance de la commission ontarienne. Ce faisant, elle a implicitement interprété l'art. 159, quant à son application à l'al. 161(6)d), de telle sorte que « l'événement » à partir duquel court le délai de prescription de six ans s'entend du règlement avec M, non de son inconduite datant de 2001 ou d'avant. La Cour d'appel a appliqué la norme de la décision correcte et confirmé la décision tacite de la Commission selon laquelle le règlement intervenu en Ontario constituait « l'événement » qui avait donné lieu à l'instance en Colombie-Britannique sur le fondement de l'al. 161(6)d).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : La question en litige est celle de savoir si, pour l'application de l'al. 161(6)d), « l'événement » qui fait courir le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 159 s'entend (i) de l'inconduite qui est à l'origine du règlement ou (ii) du règlement lui-même. Le sens ordinaire, le contexte et l'objet de l'art. 159 et du par. 161(6) de la *Securities Act* appuient raisonnablement la conclusion de la Commission selon laquelle l'événement qui donne lieu à une instance fondée sur l'al. 161(6)d) s'entend du fait de convenir avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières de faire l'objet d'une mesure réglementaire. La bonne norme de contrôle est celle de la raisonabilité. Les deux parties défendent des interprétations raisonnables de l'art. 159 de la *Securities Act* quant à son application à l'al. 161(6)d). Or, suivant la norme de la raisonabilité, il faut déférer à toute interprétation raisonnable du décideur administratif, même lorsque d'autres interprétations raisonnables sont possibles. Le caractère déraisonnable de l'interprétation de la Commission n'ayant pas été démontré, rien ne permet d'intervenir dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

The Court of Appeal erred by applying a correctness standard of review. It is presumed that courts will defer to an administrative decision maker interpreting its own statute or statutes closely connected to its function. This presumption is not rebutted in this case. Nor does the question fall within any exceptional category that warrants a correctness standard. Although limitation periods generally are of central importance to the fair administration of justice, the issue here is statutory interpretation in a particular context within the Commission's specialized area of expertise. The possibility that other provincial securities commissions may arrive at different interpretations of similar statutory limitation periods is a function of the Constitution's federalist structure and does not provide a basis for a correctness review. Finally, and most significantly, the modern approach to judicial review recognizes that courts may not be as qualified as an administrative tribunal to interpret that tribunal's home statute. In particular, the resolution of unclear language in a home statute is usually best left to the administrative tribunal because the tribunal is presumed to be in the best position to weigh the policy considerations often involved in choosing between multiple reasonable interpretations of such language.

The Commission's interpretation of the limitations period here is reasonable. The ordinary meaning of "the events" in s. 159 that give rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of having agreed with a securities regulatory authority to be subject to regulatory action. Although s. 159 predates s. 161(6), and originally limitation periods were understood to run from the date of the underlying misconduct, that drafting history is not dispositive. The phrase "the events" is deliberately open-ended and applicable to a variety of contexts. As applied to s. 161(6)(d), it can mean the date the person "has agreed with a securities regulatory authority". Finally, allowing secondary jurisdictions to wait until the conclusion of a primary proceeding obviates the need for parallel and duplicative proceedings that will overburden securities commissions and the targets of proceedings. The Commission's interpretation thus furthers the legislative goal of improving interjurisdictional cooperation between provinces and territories.

La Cour d'appel a eu tort d'appliquer la norme de la décision correcte. Le tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est présumé avoir droit à la déférence judiciaire, une présomption qui n'est pas réfutée en l'espèce. La question en litige n'appartient pas non plus à une catégorie exceptionnelle qui justifie l'application de la norme de la décision correcte. Même si les délais de prescription revêtent généralement une importance capitale aux fins d'une saine administration de la justice, il s'agit en l'espèce d'interpréter la loi dans un contexte particulier qui relève du domaine d'expertise de la Commission. Le risque que les autres commissions des valeurs mobilières interprètent différemment leurs dispositions apparentées sur la prescription tient à notre Constitution de type fédéral et ne saurait justifier l'application de la norme de la décision correcte. Enfin, et surtout, l'approche moderne en matière de contrôle judiciaire reconnaît qu'une cour de justice n'est peut-être pas aussi qualifiée qu'un tribunal administratif pour interpréter la loi constitutive de ce dernier. En particulier, mieux vaut généralement laisser au tribunal administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive, car il est présumé être le plus à même de soupeser les considérations de politique générale qui président souvent au choix entre les différentes interprétations raisonnables possibles.

En l'espèce, la Commission interprète raisonnablement le délai de prescription. À l'article 159, suivant le sens ordinaire du terme, « l'événement » qui donne lieu à l'instance fondée sur l'al. 161(6)(d) s'entend du fait de convenir avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières de faire l'objet d'une mesure réglementaire. Bien que l'art. 159 ait existé avant l'adjonction du par. 161(6) et que, jusqu'alors, on ait considéré que le délai commençait à courir à compter de l'inconduite reprochée, cette évolution législative n'est pas déterminante. Le terme « l'événement » a manifestement un sens étendu et vise une foule de contextes. Pour les besoins de l'al. 161(6)(d), il s'entend du moment où la personne « a convenu avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l'objet de certaines mesures. Enfin, permettre aux ressorts secondaires d'attendre le dénouement de l'instance principale rend inutiles les instances parallèles et répétitives qui auraient pour effet de surcharger les commissions des valeurs mobilières et d'infliger un fardeau excessif aux personnes visées. L'interprétation de la Commission va donc dans le sens de l'objectif législatif qui consiste à accroître la coopération entre les ressorts.

Although the Commission's interpretation significantly extends the duration of time for which a person may be subject to regulatory action, of itself, that is not offensive to the purpose of limitation periods. Limitation periods are always driven by policy choices that attempt to balance the interests of the parties. The Commission's interpretation strikes a reasonable balance between facilitation of interprovincial cooperation and the underlying purposes of limitation periods.

Per Karakatsanis J.: The Commission was reasonable in interpreting s. 159 to require that secondary proceedings under s. 161(6) must be initiated within six years of a person being sanctioned in another jurisdiction. However, the opposite interpretation — that the limitation period runs from the time of the underlying misconduct — is not reasonable. Such an interpretation would require duplicative proceedings in cases, like this one, where an investigation in another jurisdiction does not conclude within six years of the underlying misconduct. It is inconsistent with the legislative objective of facilitating interjurisdictional cooperation and it is at odds with a purposive interpretation. Consequently, it would not have been open to the Commission to interpret the limitations period as the appellant urges.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; **referred to:** *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734; *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Communications, Energy and Paperworkers Union of*

Même si l'interprétation que défend la Commission prolonge sensiblement la période pendant laquelle une personne s'expose à une mesure réglementaire, il n'en résulte pas en soi d'atteinte à l'objectif d'un délai de prescription, lequel procède toujours de décisions de principe qui visent à établir un équilibre entre les intérêts des parties. L'interprétation de la Commission établit un équilibre raisonnable entre l'accroissement de la coopération des ressorts et les objectifs d'un délai de prescription.

La juge Karakatsanis : La Commission interprète raisonnablement l'art. 159 lorsqu'elle conclut qu'une instance secondaire fondée sur le par. 161(6) doit être engagée au plus tard six ans après que la personne en cause s'est vu infliger une sanction dans un autre ressort. Cependant, l'interprétation contraire — à savoir que le délai de prescription court à compter de l'inconduite reprochée — n'est pas raisonnable. Il en résulterait en effet un dédoublement des instances lorsque, comme dans la présente affaire, l'enquête dans l'autre ressort ne prend pas fin dans les six ans de l'inconduite. Pareille interprétation va à l'encontre de l'objectif législatif de faciliter la coopération entre les ressorts et de la démarche téléologique. Il n'était donc pas loisible à la Commission d'interpréter le délai de prescription de la manière que préconise l'appelante.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; **arrêts mentionnés :** *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734; *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Syndicat*

Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd., 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *British Columbia Securities Commission v. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL); *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478; *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Cholmondeley v. Clinton (1820)*, 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Lines v. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

By Karakatsanis J.

Referred to: *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

Statutes and Regulations Cited

Bill 20, *Securities Amendment Act, 2006*, 2nd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, April 25, 2006).
 Bill 28, *Securities Amendment Act, 2007*, 3rd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, October 23, 2007).

canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Liée, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *British Columbia Securities Commission c. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL); *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478; *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Cholmondeley c. Clinton (1820)*, 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Lines c. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

Lois et règlements cités

Bill 20, *Securities Amendment Act, 2006*, 2nd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, April 25, 2006).
 Bill 28, *Securities Amendment Act, 2007*, 3rd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, October 23, 2007).

Securities Act, C.C.S.M., c. S50, ss. 137, 148.4(1).
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 198(1.1).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 127, 127.1, 140(a), 140.94, 159, 161(1), (6).
Securities Act, R.S.N.L. 1990, c. S-13, ss. 127(1.1), 129.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 134(1A).
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(10).
Securities Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-3.1, s. 60(3).
Securities Act, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 184(1.1).
Securities Act, S.Nu. 2008, c. 12, s. 60(3).
Securities Act, S.N.W.T. 2008, c. 10, s. 60(3).
Securities Act, S.Y. 2007, c. 16, s. 60(3).
Securities Act, 1988, S.S. 1988-89, c. S-42.2, s. 134(1.1).
Securities Amendment Act, 2006, S.B.C. 2006, c. 32.

Loi sur les valeurs mobilières, C.P.L.M., ch. S50, art. 137, 148.4(1).
Loi sur les valeurs mobilières, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5, art. 184(1.1).
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127(10).
Loi sur les valeurs mobilières, L.T.N.-O. 2008, ch. 10, art. 60(3).
Loi sur les valeurs mobilières, L.Y. 2007, ch. 16, art. 60(3).
Securities Act, R.S.A. 2000, ch. S-4, art. 198(1.1).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 127, 127.1, 140a), 140.94, 159, 161(1), (6).
Securities Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-13, art. 127(1.1), 129.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, ch. 418, art. 134(1A).
Securities Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-3.1, art. 60(3).
Securities Act, S.Nu. 2008, ch. 12, art. 60(3).
Securities Act, 1988, S.S. 1988-89, ch. S-42.2, art. 134(1.1).
Securities Amendment Act, 2006, S.B.C. 2006, ch. 32.

Authors Cited

Canada. *A Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation*, 2004 (online: http://www.securitiescanada.org/2004_0930_mou_english.pdf).

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Teplitsky, Martin. "Standard of review of administrative adjudication: 'What a tangled web we weave . . .'" (2013), *Advocates' Soc. J.* 3.

Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Neilson JJ.A.), 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288, 531 W.A.C. 288, 343 D.L.R. (4th) 432, [2011] B.C.J. No. 2124 (QL), 2011 CarswellBC 2929, allowing an appeal from a decision by the British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262, 2010 LNBCSC 222 (QL). Appeal dismissed.

Doctrine et autres documents cités

Canada. *Protocole d'entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières*, 2004 (en ligne : http://www.valeursmobilières.org/2004_0930_mou_francais.pdf).

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Teplitsky, Martin. « Standard of review of administrative adjudication : "What a tangled web we weave . . ." » (2013), *J. plaideurs* 3.

Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Neilson), 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288, 531 W.A.C. 288, 343 D.L.R. (4th) 432, [2011] B.C.J. No. 2124 (QL), 2011 CarswellBC 2929, qui a accueilli l'appel d'une décision de la British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262, 2010 LNBCSC 222 (QL). Pourvoi rejeté.

Christopher H. Wirth and Fredrick Schumann,
for the appellant.

Stephen M. Zolnay, for the respondent.

Lou Brzezinski and John Polyzogopoulos, for the
intervener the Financial Advisors Association of
Canada.

Johanna M. Superina and Usman M. Sheikh, for
the intervener the Ontario Securities Commission.

The judgment of LeBel, Fish, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered
by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] In Canada, the individual provinces and territories bear primary responsibility for the regulation of stocks, bonds, and other securities. However, because modern securities markets transcend provincial and territorial borders, the provinces and territories have in recent years taken steps to harmonize their securities laws and to improve cooperation between their securities regulators.

[2] As a result of these efforts, the British Columbia Securities Commission (the “Commission”), like all of its provincial and territorial peers, has been empowered to bring proceedings in the public interest against persons who, among other things, have agreed with another jurisdiction’s securities regulator, by way of a settlement agreement, to be subject to regulatory action; see s. 161(6)(d) of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418. In the jargon of the industry, these proceedings are known as “secondary proceedings” because they piggy-back on another jurisdiction’s efforts. Subject to a few exceptions, all proceedings under the *Act* — secondary or otherwise — “must not be commenced more than 6 years after the date of the events that give rise to the proceedings” (s. 159).

Christopher H. Wirth et Fredrick Schumann,
pour l’appelante.

Stephen M. Zolnay, pour l’intimé.

Lou Brzezinski et John Polyzogopoulos, pour
l’intervenante l’Association des conseillers en
finances du Canada.

Johanna M. Superina et Usman M. Sheikh, pour
l’intervenante la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario.

Version française du jugement des juges LeBel,
Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner
rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Au Canada, la réglementation des actions, obligations et autres valeurs mobilières incombe au premier chef à chacune des provinces et à chacun des territoires. Or, de nos jours, les marchés financiers transcendent les frontières provinciales et territoriales. Les provinces et les territoires ont donc adopté ces dernières années des mesures visant à harmoniser leurs dispositions en la matière et à accroître la collaboration entre leurs organismes de réglementation respectifs.

[2] À l’instar de ses homologues provinciales et territoriales, la British Columbia Securities Commission (la « Commission »), est désormais habilitée à engager une instance dans l’intérêt public contre la personne qui, notamment, consent par voie de règlement avec l’organisme de réglementation des valeurs mobilières d’un autre ressort à faire l’objet d’une mesure réglementaire (voir l’al. 161(6)d) de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418). On parle dans le milieu d’« instance secondaire », celle-ci se greffant à la démarche d’un autre ressort. Sauf quelques exceptions, [TRADUCTION] « est irrecevable l’instance [secondaire ou autre] engagée sous le régime de la [Loi] plus de 6 ans après l’événement qui y donne lieu » (art. 159).

[3] At issue in this appeal is whether, for purposes of s. 161(6)(d), “the events” that trigger the six-year limitation period in s. 159 are (i) the underlying misconduct that gave rise to the settlement agreement or (ii) the settlement agreement itself. The Commission takes the position that the settlement agreement is the triggering event. On that basis, it commenced secondary proceedings against the appellant after she entered into a settlement agreement with another regulator, even though the underlying misconduct referred to in that agreement occurred roughly nine years earlier. Had the Commission adopted the alternative interpretation, as the appellant argues it should have, the secondary proceeding would have been commenced outside the six-year limitation period and thus been statute-barred.

[4] Applying the governing standard of review, which I consider to be reasonableness, I am satisfied that the Commission’s interpretation is a reasonable construction of the relevant statutory language. Significantly, the Commission’s conclusion supports the legislative objective of facilitating interjurisdictional cooperation in secondary proceedings and does so without undercutting the crucial role of limitation periods. Accordingly, I see no reason to interfere and would dismiss the appeal.

II. Facts

A. *The Primary Investigation and The Settlement Agreement*

[5] The facts are straightforward and undisputed. From March 1996 to June 2001, the appellant, Patricia McLean, served as a director of Hucamp Mines Ltd., a reporting issuer registered in Ontario under the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. Beginning in July 2001, the appellant began cooperating with the Ontario Securities Commission (“OSC”) in respect of “certain possible improper actions at Hucamp” (Settlement Agreement Between OSC Staff and Patricia McLean, at para. 63 (A.R., at p. 45)). The particulars of the alleged misconduct are not relevant, but the timing is — the allegations pertain to conduct that occurred in 2001 or earlier.

[3] Nous sommes appelés à décider si, pour l’application de l’al. 161(6)d), « l’événement » qui fait courir le délai de prescription de six ans prévu à l’art. 159 s’entend (i) de l’inconduite qui est à l’origine du règlement ou (ii) du règlement lui-même. La Commission soutient qu’il s’agit du règlement lui-même. C’est pourquoi elle a engagé une instance secondaire contre l’appelante après que cette dernière a conclu un règlement avec un autre organisme de réglementation, et ce, même si l’inconduite en cause avait eu lieu quelque neuf ans auparavant. Suivant l’interprétation préconisée par l’appelante, la Commission a agi après l’expiration du délai de six ans et il y avait donc prescription.

[4] Au regard de la norme de contrôle applicable — celle de la raisonabilité selon moi —, je suis convaincu que la Commission interprète raisonnablement le libellé de la disposition législative en cause. Qui plus est, sa conclusion va dans le sens de l’objectif législatif de faciliter la coopération intergouvernementale en matière d’instances secondaires, et ce, sans compromettre la fonction essentielle du délai de prescription. Par conséquent, je ne vois aucune raison de réformer la décision et suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

A. *L’enquête principale et le règlement*

[5] Les faits sont simples et incontestés. De mars 1996 à juin 2001, l’appelante, Patricia McLean, a siégé au conseil d’administration de Hucamp Mines Ltd., un émetteur assujéti inscrit en Ontario sous le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5. En juillet 2001, elle a entrepris de coopérer avec la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») relativement à [TRADUCTION] « certaines irrégularités possibles chez Hucamp » (règlement entre le personnel de la CVMO et Patricia McLean, par. 63 (d.a., p. 45)). Le détail de l’inconduite alléguée importe peu, mais pas le moment où elle aurait eu lieu, soit, selon les allégations, au plus tard en 2001.

[6] On July 11, 2005, the OSC announced that it would hold a hearing under its public interest powers to sanction the appellant and certain others for their alleged misconduct at Hucamp; see *Securities Act*, ss. 127 and 127.1. Such powers, which exist in each of the provincial and territorial statutes, confer a “very wide discretion” to make whatever orders the OSC considers to be in the public interest (*Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132, at para. 39).

[7] Three years later, on September 8, 2008, the appellant entered into a settlement agreement with the OSC staff wherein she “consent[ed] to the making of [such] an order against her” (Settlement Agreement, at para. 2 (A.R., at p. 33)). On the same day, the OSC approved the settlement agreement and issued the agreed-upon order (*McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734).

[8] In its pertinent parts, the OSC order barred the appellant for five years from trading in securities (with some exceptions) and banned her for ten years from acting as an officer or director of certain entities registered under the Ontario *Securities Act*. By virtue of the OSC’s provincial jurisdiction, the reach of these sanctions did not extend beyond Ontario’s borders. No one challenges the propriety of the OSC’s order.

B. *The Secondary Investigation and the B.C. Order*

[9] All was quiet for the next 15 months — until January 14, 2010 to be exact — when the appellant was notified by the Executive Director of the B.C. Securities Commission (the respondent) that he was applying to the Commission under s. 161(1) of the *Act* for a “public interest” order against her based on s. 161(6)(d). For present purposes, the relevant aspects of those provisions are as follows:

[6] Le 11 juillet 2005, la CVMO a annoncé qu’elle tiendrait une audience en vue d’exercer son pouvoir, fondé sur l’intérêt public, de sanctionner l’appelante et d’autres personnes pour leur inconduite alléguée chez Hucamp; voir les art. 127 et 127.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Ce pouvoir accordé par toutes les lois provinciales et territoriales en la matière confère à la CVMO le « très vaste pouvoir discrétionnaire » de rendre toute ordonnance qu’elle estime être dans l’intérêt public (*Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 39).

[7] Trois ans plus tard, soit le 8 septembre 2008, dans un règlement intervenu avec le personnel de la CVMO, l’appelante [TRADUCTION] « [a] consent[i] à ce qu’une [telle] ordonnance soit rendue contre elle » (règlement, par. 2 (d.a., p. 33)). Le même jour, la CVMO a approuvé le règlement et rendu l’ordonnance convenue (*McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734).

[8] Dans ses passages pertinents, l’ordonnance de la CVMO interdit à l’appelante de réaliser toute opération sur valeurs mobilières pendant cinq ans (sauf quelques exceptions) et d’occuper le poste de dirigeante ou d’administratrice de certaines entreprises inscrites sous le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l’Ontario pendant dix ans. Étant donné la portée provinciale du pouvoir de la CVMO, ces sanctions ne s’appliquaient pas au-delà des frontières ontariennes. Cependant, nul ne conteste la validité de l’ordonnance de la CVMO.

B. *L’enquête secondaire et l’ordonnance de la C.-B.*

[9] L’affaire n’a connu aucun rebondissement au cours des 15 mois qui ont suivi, soit jusqu’au 14 janvier 2010 pour être exact, lorsque le directeur général de la Commission (l’intimé) a fait savoir à l’appelante qu’il demanderait à la Commission de rendre à son encontre l’ordonnance d’« intérêt public » visée au par. 161(1) de la *Loi* sur le fondement de l’al. 161(6)d). Les passages pertinents de ces dispositions sont les suivants :

[TRANSDUCTION]

159 [Limitation Period] Proceedings under this Act, other than an action referred to in section 140, must not be commenced more than 6 years after the date of the events that give rise to the proceedings.

. . .

161 (1) [Enforcement Orders] If the commission or the executive director considers it to be in the public interest, the commission or the executive director, after a hearing, may order one or more of the following:

. . .

(b) that

. . .

(ii) the person or persons named in the order, . . .

. . .

cease trading in, or be prohibited from purchasing, any securities or exchange contracts, a specified security or exchange contract or a specified class of securities or class of exchange contracts;

. . .

(d) that a person

(i) resign any position that the person holds as a director or officer of an issuer or registrant,

(ii) is prohibited from becoming or acting as a director or officer of any issuer or registrant,

. . .

(6) The commission or the executive director may, after providing an opportunity to be heard, make an order under subsection (1) in respect of a person if the person

159 [Délai de prescription] Sauf celle visée à l'article 140, est irrecevable l'instance engagée sous le régime de la présente loi plus de 6 ans après l'événement qui y donne lieu.

. . .

161 (1) [Ordonnance d'exécution] Lorsqu'ils estiment dans l'intérêt public de le faire, la Commission ou le directeur général peuvent, après la tenue d'une audience, ordonner :

. . .

b) que

. . .

(ii) la ou les personnes nommées dans l'ordonnance . . .

. . .

cessent de réaliser des opérations sur valeurs mobilières ou d'acquérir des valeurs mobilières ou des contrats de change, une valeur mobilière donnée ou un contrat de change donné, ou encore, une catégorie précise de valeurs mobilières ou de contrats de change;

. . .

d) qu'une personne

(i) démissionne de son poste d'administrateur ou de dirigeant d'un émetteur ou d'une personne inscrite,

(ii) ne puisse plus devenir administrateur ou dirigeant d'un émetteur ou d'une personne inscrite,

. . .

(6) La Commission ou le directeur général peuvent, après avoir donné aux parties la possibilité de se faire entendre, rendre sur le fondement du paragraphe (1) une ordonnance visant une personne :

(a) has been convicted in Canada or elsewhere of an offence

(i) arising from a transaction, business or course of conduct related to securities or exchange contracts, or

(ii) under the laws of the jurisdiction respecting trading in securities or exchange contracts,

(b) has been found by a court in Canada or elsewhere to have contravened the laws of the jurisdiction respecting trading in securities or exchange contracts,

(c) is subject to an order made by a securities regulatory authority, a self regulatory body or an exchange, in Canada or elsewhere, imposing sanctions, conditions, restrictions or requirements on the person, or

(d) has agreed with a securities regulatory authority, a self regulatory body or an exchange, in Canada or elsewhere, to be subject to sanctions, conditions, restrictions or requirements.

a) déclarée coupable, au Canada ou à l'étranger :

(i) d'une infraction découlant d'une opération, d'une activité ou d'une conduite liée à des valeurs mobilières ou à des contrats de change, ou

(ii) d'une infraction à la législation du ressort en matière d'opérations sur valeurs mobilières ou sur contrats de change;

b) qu'un tribunal canadien ou étranger a jugée coupable d'une contravention à la législation du ressort en matière d'opérations sur valeurs mobilières ou sur contrats de change;

c) qui fait l'objet d'une ordonnance rendue par un organisme de réglementation des valeurs mobilières, un organisme d'autorégulation ou une bourse, au Canada ou à l'étranger, lui imposant des sanctions, des conditions, des restrictions ou des exigences;

d) qui a convenu avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières, un organisme d'autorégulation ou une bourse, au Canada ou à l'étranger, de faire l'objet de sanctions, de conditions, de restrictions ou d'exigences.

[10] In asserting that it had authority to make an order under s. 161(1) based on s. 161(6)(d), the Commission relied on the appellant's settlement agreement with the OSC. And thus began the present case.

[11] There is no dispute that had the Commission proceeded *solely* under s. 161(1), the proceeding would have run afoul of s. 159. The respondent accepts that the six-year limitation period in s. 159 as applied to s. 161(1) alone begins to run from "the last event in the series of events which form the course of conduct" sanctioned by the order (R.F., at para. 79, citing *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959, at p. 961). By January 2010, it had been almost nine years since the last event described in the settlement agreement.

[12] The question in this case is whether the same conclusion holds true for secondary proceedings initiated using s. 161(6)(d). If it does, as the appellant contends, the Commission's order must be set aside for the same reason that an order based on

[10] La Commission a invoqué le règlement intervenu entre l'appelante et la CVMO comme fondement de son pouvoir de rendre l'ordonnance visée au par. 161(1) en application de l'al. 161(6)d). C'est ainsi qu'est né le présent litige.

[11] Nul ne conteste que si la Commission avait invoqué *uniquement* le par. 161(1), l'instance aurait contrevenu à l'art. 159. L'intimé reconnaît en effet que, dans le cas du seul par. 161(1), le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 159 commence à courir à partir du [TRADUCTION] « dernier des événements qui constituent la conduite » sanctionnée par l'ordonnance (m.i., par. 79, citant *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959, p. 961). Or, en janvier 2010, il s'était écoulé près de neuf ans depuis le dernier événement mentionné dans le règlement.

[12] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la même conclusion vaut pour l'instance secondaire engagée aux termes de l'al. 161(6)d). Si tel est le cas, comme le prétend l'appelante, l'ordonnance de la Commission doit être annulée pour la

s. 161(1) alone would be — it had been almost nine years after the last event described in the settlement agreement and three years beyond the requisite limitation period. If, however, the clock under s. 161(6)(d) starts running on the date of the settlement agreement referred to in that provision, as the Commission concluded, the Commission’s order must stand because the proceeding was commenced well within the six-year window prescribed by s. 159.

III. Proceedings Below

A. *British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262 (CanLII)*

[13] After receiving notice of the secondary proceeding, the appellant “made extensive written submissions on the limitation period issue” to the Commission arguing that it lacked authority to make an order against her by virtue of s. 159 (A.F., at para. 10). She raised no other issues or arguments.

[14] The Commission implicitly rejected the appellant’s limitations argument by issuing what it termed a “reciprocal order” that was substantially identical to the OSC order. In particular, the Commission barred the appellant from trading in securities under s. 161(1)(b) (except for those trades permitted under the OSC order) and prohibited her from acting as an officer or director of certain entities registered under the *Act* under s. 161(1)(d)(i) and (ii). The prohibitions expired on the same day as the OSC order — that is, five years and ten years, respectively, from September 8, 2008.

[15] As a consequence of the twin orders from the Ontario and B.C. Commissions, the appellant was prohibited from engaging in substantially identical conduct in both Ontario and British Columbia for identical periods of time.

même raison que le serait une ordonnance fondée sur le seul par. 161(1), à savoir que près de neuf ans se sont écoulés depuis le dernier événement mentionné dans le règlement, soit trois de plus que le délai de prescription prévu. Toutefois, si comme le conclut la Commission, pour les besoins de l’al. 161(6)d), le délai commence à courir le jour du règlement auquel renvoie la disposition, l’ordonnance doit être confirmée puisque l’instance a été introduite bien avant l’expiration du délai de six ans imparti à l’art. 159.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262 (CanLII)*

[13] Une fois informée de l’instance secondaire, l’appelante [TRADUCTION] « a présenté [à la Commission], au sujet du délai de prescription, des observations écrites détaillées » dans lesquelles elle prétendait que l’organisme n’avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance contre elle en raison de l’art. 159 (m.a., par. 10). Elle n’a pas soulevé d’autres questions, ni formulé d’autres prétentions.

[14] La Commission a implicitement rejeté la thèse de la prescription avancée par l’appelante en rendant ce qu’elle a appelé une [TRADUCTION] « ordonnance réciproque » et qui était essentiellement identique à l’ordonnance de la CVMO. La Commission interdisait notamment à l’appelante, suivant l’al. 161(1)b), de réaliser des opérations sur valeurs mobilières (sauf celles autorisées dans l’ordonnance de la CVMO) et, suivant les sous-al. 161(1)d)(i) et (ii), d’occuper le poste de dirigeante ou d’administratrice de certaines entreprises sous le régime de la *Loi*. Les interdictions prenaient fin le même jour que celles faites dans l’ordonnance de la CVMO, soit respectivement cinq ans et dix ans après le 8 septembre 2008.

[15] Avec le prononcé des ordonnances jumelles en Ontario et en Colombie-Britannique, l’appelante se voyait interdire essentiellement les mêmes actes dans les deux provinces, pendant les mêmes périodes.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288*

[16] On appeal, the appellant reiterated her limitations argument. The B.C. Court of Appeal concluded that “generally the interpretation of a limitation period provision in a statute by an administrative tribunal will engage the standard of correctness” (para. 15). Applying that standard, it nonetheless found in favour of the Commission. On a “plain reading”, the court concluded that “although the acts which gave rise to the Ontario proceedings obviously occurred before the agreement was made, the event that gave rise to the [B.C.] proceedings under s. 161(6)(d) was the agreement in Ontario” (para. 20). The interpretation put forward by the appellant “would eliminate the effective operation of s. 161(6)(d) which cannot have been the intention of the Legislature” (*ibid.*).

[17] The appellant also challenged the Commission’s failure to give reasons for its order, both as to the limitation period and as to why the order was in the public interest. As regards the limitation argument, the court held that “although it might have been of assistance” had the Commission given reasons for its interpretation of s. 159, reasons were not essential because the question was one of law reviewable on a standard of correctness (para. 27). With respect to the order being in the public interest, the court concluded that “the complete absence of reasons makes appellate review of the public interest aspect of the decision and the sanctions imposed impossible” (para. 30). Hence, the court remitted the matter to the Commission for a “brief explanation” (para. 31). The Commission subsequently provided such an explanation (2012 BCSECCOM 50 (CanLII)), and that aspect of its decision is not challenged before this Court.

IV. Issues

[18] At issue in this appeal is the proper interpretation of the limitation period in s. 159 as it relates to public interest orders made under s. 161(6)(d) of the *Act*. The following two questions arise:

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288*

[16] L’appelante a de nouveau allégué la prescription devant la Cour d’appel de la C.-B., qui a conclu que [TRADUCTION] « l’interprétation d’un délai de prescription légal par un tribunal administratif commande généralement l’application de la norme de la décision correcte » (par. 15). Au regard de cette norme, elle a néanmoins tranché en faveur de la Commission. Selon le « sens ordinaire » des termes employés par le législateur, la Cour d’appel estime que « même si les actes qui ont donné lieu à l’instance en Ontario se sont évidemment produits avant le règlement, l’événement qui a donné lieu à l’instance [en C.-B.] suivant l’al. 161(6)d) était le règlement en Ontario » (par. 20). À son avis, l’interprétation préconisée par l’appelante « empêcherait dans les faits l’application de l’al. 161(6)d), ce qui ne saurait être l’intention du législateur » (*ibid.*).

[17] L’appelante a également reproché à la Commission son omission de motiver l’ordonnance tant en ce qui concerne le respect du délai de prescription que le prononcé de l’ordonnance dans l’intérêt public. S’agissant de la prescription, la Cour d’appel statue que [TRADUCTION] « bien qu’il eût été utile » que la Commission motive son interprétation de l’art. 159, ce n’était pas essentiel puisqu’il s’agissait d’une décision sur une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 27). Quant à savoir si l’ordonnance servait l’intérêt public, elle opine que « l’absence de tout motif empêche d’examiner en appel si la décision et les sanctions sont dans l’intérêt public » (par. 30). Elle renvoie donc l’affaire à la Commission en vue d’obtenir une « brève explication » (par. 31) — que la Commission lui a subséquemment fournie (2012 BCSECCOM 50 (CanLII)) —, et ce volet de sa décision n’est pas contesté devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[18] Le pourvoi a pour objet la juste interprétation du délai de prescription prévu à l’art. 159 lorsqu’il s’applique à l’ordonnance d’intérêt public rendue aux termes de l’al. 161(6)d) de la *Loi*, ce qui soulève deux questions :

- (1) What is the standard of review for the Commission's interpretation of s. 159 as it applies to s. 161(6)(d)?
- (2) Having regard to the applicable standard of review, is there any basis to interfere with the Commission's interpretation?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

- (1) The Presumption of Reasonableness Review for Home Statutes

[19] As noted, the Court of Appeal was of the view that the standard of review was correctness. Before this Court, the parties and the intervener, the OSC, disagreed on that issue. For the reasons that follow, I am satisfied that the standard of review is reasonableness.

[20] Before turning to my analysis, I pause to note that the standard of review debate is one that generates strong opinions on all sides, especially in the recent jurisprudence of this Court. However, the analysis that follows is based on this Court's existing jurisprudence — and it is designed to bring a measure of predictability and clarity to that framework.¹

[21] Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court has repeatedly underscored that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (para. 54).² Recently, in an attempt to further simplify matters, this Court held that an administrative decision

1 For a critique of the present framework, see M. Teplitsky, “Standard of review of administrative adjudication: ‘What a tangled web we weave . . .’” (2013), *Advocates’ Soc. J.* 3.

2 Although technically a statutory appeal and not an application for judicial review, general administrative law principles still apply (*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 591-92 and 598-99; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21).

- (1) Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission concernant l’interprétation de l’art. 159 en liaison avec l’al. 161(6)d)?
- (2) Compte tenu de la norme de contrôle applicable, y a-t-il lieu de reformer la décision de la Commission?

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

- (1) Présomption d’application de la norme de la raisonabilité à la loi constitutive

[19] Comme je l’indique précédemment, la Cour d’appel estime que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Devant notre Cour, les parties et l’intervenante la CVMO sont partagées sur ce point. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que la bonne norme de contrôle est celle de la raisonabilité.

[20] Mais avant de passer à l’analyse, je signale que le débat sur les normes de contrôle donne lieu à des opinions bien tranchées, particulièrement dans les arrêts récents de notre Cour. L’analyse qui suit prend toutefois appui sur la jurisprudence actuelle de notre Cour et vise à favoriser la prévisibilité et la clarté en la matière¹.

[21] Depuis l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, notre Cour a maintes fois rappelé que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (par. 54)². Récemment, dans un souci de simplicité accrue, notre

1 Pour une critique du cadre actuel, voir M. Teplitsky, « Standard of review of administrative adjudication : ‘What a tangled web we weave . . .’ » (2013), *J. plaideurs* 3.

2 Bien que le présent pourvoi constitue, à proprement parler, un appel prévu par la loi et non une demande de contrôle judiciaire, les principes généraux de droit administratif s’appliquent tout de même (*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591-592 et 598-599; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21).

maker’s interpretation of its home or closely-connected statutes “should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34).

[22] The presumption endorsed in *Alberta Teachers*, however, is not carved in stone. First, this Court has long recognized that certain categories of questions — even when they involve the interpretation of a home statute — warrant review on a correctness standard (*Dunsmuir*, at paras. 58-61). Second, we have also said that a contextual analysis may “rebut the presumption of reasonableness review for questions involving the interpretation of the home statute” (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16). The appellant follows both these routes in urging us to accept a correctness standard. I propose to deal with her second argument first as it can be dispensed with quickly.

(2) The Presumption of Reasonableness Review Is Not Rebutted

[23] The appellant contends that the presumption of reasonableness review has been rebutted. She relies on our recent decision in *Rogers*, where we held that a correctness standard was appropriate because of a statutory scheme under which both an administrative tribunal and the courts had concurrent jurisdiction at first instance in interpreting the relevant statute.

[24] This case is different. As Rothstein J. made clear in *Rogers*, it was the fact that both the tribunal and the courts “may each have [had] to consider the same legal question at first instance” that “rebutt[ed] the presumption of reasonableness review” (para. 15 (emphasis added)). Here, the legal question is the interpretation of s. 159 as it applies to s. 161(6)(d)

Cour a statué qu’« il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée” [. . .] est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34).

[22] Or, la présomption adoptée dans *Alberta Teachers* n’est pas immuable. D’abord, notre Cour reconnaît depuis longtemps que certaines catégories de questions, même lorsqu’elles emportent l’interprétation d’une loi constitutive, sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, par. 58-61). Ensuite, elle affirme également qu’une analyse contextuelle peut « écarter la présomption d’assujettissement à la norme de la raisonabilité de la décision qui résulte d’une interprétation de la loi constitutive » (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16). L’appelante emprunte les deux avenues pour nous presser d’appliquer la norme de la décision correcte. Je propose d’examiner d’abord sa deuxième prétention puisqu’elle peut être écartée rapidement.

(2) Non-réfutation de la présomption d’application de la norme de la raisonabilité

[23] L’appelante prétend que la présomption d’application de la norme de la raisonabilité est réfutée. Elle s’appuie sur le récent arrêt *Rogers*, où notre Cour conclut qu’il convient d’appliquer la norme de la décision correcte étant donné que, suivant le régime législatif en cause, tant un tribunal administratif qu’une cour de justice ont compétence concurrente en première instance pour interpréter la loi applicable.

[24] Or, la présente affaire est différente. Comme le dit clairement le juge Rothstein dans l’arrêt *Rogers*, le fait qu’un tribunal administratif et une cour de justice « peuvent être respectivement appelé[s] à statuer en première instance sur un même point de droit [. . .] a pour effet d’écarter la présomption selon laquelle la décision [. . .]

— and it is *solely* the Commission that is tasked with considering that matter in the first instance. Accordingly, there is no possibility of conflicting interpretations with respect to the question actually at issue. The logic of *Rogers* is thus inapplicable.

(3) The Question Does Not Fall Into an Exceptional Category

[25] I return then to the appellant’s first argument — that the question presented falls into an exceptional category warranting “correctness” review. Post-*Dunsmuir*, it has become fashionable for counsel to argue that the question before an administrative decision maker falls into one of the few recognized exceptional categories. One wave of cases focuses on whether the question raised is a “true” question of *vires* or jurisdiction; see *Alberta Teachers*, at paras. 37-38 (citing various cases). In that case, the Court expressed serious reservations about whether such questions can be distinguished as a separate category of questions of law, but ultimately left the door open to the possibility (para. 34).³

[26] A second wave — the one which the appellant now rides — focuses on “general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), at para. 22, referring to *Dunsmuir*, at para. 60); see also *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Communications, Energy and Paperworkers*

³ I note that the U.S. Supreme Court has recently shut this door; see *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013) (“the distinction between ‘jurisdictional’ and ‘nonjurisdictional’ interpretations is a mirage” because “a separate category of ‘jurisdictional’ interpretations does not exist” (pp. 1868 and 1874)).

est assujettie à la norme de la raisonnable » (par. 15 (je souligne)). En l’espèce, le point de droit réside dans l’interprétation de l’art. 159 eu égard à son application à l’al. 161(6)d), et son examen en première instance ressortit *seulement* à la Commission. Il est donc impossible que la question en litige donne lieu à des interprétations divergentes, de sorte que le raisonnement qui sous-tend *Rogers* ne vaut pas.

(3) Non-appartenance de la question à une catégorie exceptionnelle

[25] Je reviens maintenant à la première prétention de l’appelante, à savoir que la question en litige appartient à une catégorie exceptionnelle qui justifie l’application de la norme de la « décision correcte ». Depuis l’arrêt *Dunsmuir*, les avocats font couramment valoir que la question soumise à un décideur administratif appartient à l’une des quelques catégories exceptionnelles reconnues. Une première vague jurisprudentielle s’attache à la question de savoir s’il s’agit d’une question touchant « véritablement » à la compétence; voir *Alberta Teachers*, par. 37-38 (citant diverses décisions). Dans cet arrêt, la Cour dit douter sérieusement que la question appartienne à une catégorie distincte de questions de droit, mais elle admet finalement que ce puisse être le cas (par. 34).³

[26] Une deuxième vague jurisprudentielle — sur laquelle surfe maintenant l’appelante — s’attache aux « questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’organisme juridictionnel » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22, renvoyant à *Dunsmuir*, par. 60); voir également *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011]

³ Signalons que la Cour suprême des É.-U. a récemment exclu cette possibilité; voir *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013) ([TRADUCTION] « la distinction entre l’interprétation qui touche à la compétence et celle qui n’y touche pas est illusoire », car il n’existe pas de « catégorie distincte d’interprétations touchant à la compétence » (p. 1868 et 1874)).

Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd., 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458. In each of these cases, this Court unanimously found that the question presented did not fall into this exceptional category — and I would do so again here.

[27] The logic underlying the “general question” exception is simple. As Bastarache and LeBel JJ. explained in *Dunsmuir*, “[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers” (para. 60). Or, as LeBel and Cromwell JJ. put it in *Mowat*, correctness review for such questions “safeguard[s] a basic consistency in the fundamental legal order of our country” (para. 22).

[28] Here, the appellant’s arguments in support of her contention that this case falls into the general question category fail for three reasons. First, although I agree that limitation periods, as a conceptual matter, are *generally* of central importance to the fair administration of justice, it does not follow that the Commission’s interpretation of *this* limitation period must be reviewed for its correctness. The meaning of “the events” in s. 159 is a nuts-and-bolts question of statutory interpretation confined to a particular context. Indeed, the arguably complex legal doctrines such as discoverability that the appellant says demand correctness review (see A.R.F., at para. 9) have been specifically *excluded* from any application to s. 159. The appellant recognizes this fact elsewhere in her submissions (A.F., at para. 25, citing *British Columbia Securities Commission v. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII), at para. 28). Accordingly, there is no question of law of central importance to the legal system as a whole, let alone one that falls outside the Commission’s specialized area of expertise.

3 R.C.S. 616; *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. Dans chacun de ces arrêts, notre Cour conclut unanimement que la question soulevée n’appartient pas à cette catégorie exceptionnelle et, en l’espèce, je suis enclin à faire de même.

[27] Le raisonnement qui sous-tend l’exception prévue à l’égard de la « question de droit générale » est simple. Comme l’expliquent les juges Bastarache et LeBel dans *Dunsmuir*, « [p]areille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » (par. 60). Autrement dit, comme le précisent les juges LeBel et Cromwell dans *Mowat*, cette question est assujettie à la norme de la décision correcte « dans un souci de cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays » (par. 22).

[28] Toutefois, les arguments invoqués par l’appelante pour soutenir que la question considérée en l’espèce appartient à la catégorie des questions de droit générales ne peuvent être retenus, et ce, pour trois raisons. Premièrement, même si je conviens que, sur le plan théorique, les délais de prescription revêtent *généralement* une importance capitale aux fins d’une saine administration de la justice, il ne s’ensuit pas que l’interprétation par la Commission du délai applicable *en l’espèce* doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Ainsi, le sens du terme « l’événement » employé à l’art. 159 constitue un point technique d’interprétation législative dans un contexte très précis. En effet, les notions juridiques que l’on peut qualifier de complexes (telle la possibilité de découvrir le préjudice) et qui, selon l’appelante, commandent la norme de la décision correcte (voir m.r.a., par. 9) sont expressément *exclues* aux fins de l’application de l’art. 159. L’appelante le reconnaît dans d’autres éléments de sa plaidoirie (m.a., par. 25, citant *British Columbia Securities Commission c. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII), par. 28). Par conséquent, il n’y a pas de question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et encore moins de question qui est étrangère au domaine d’expertise de la Commission.

[29] Second, while it is true that reasonableness review in this context necessarily entails the possibility that other provincial and territorial securities commissions may arrive at different interpretations of their own statutory limitation periods, I cannot agree that such a result provides a basis for correctness review — and thus judicially mandated “consisten[cy] . . . across the country” (A.R.F., at para. 13). No one disputes that each of the provincial and territorial legislatures can enact entirely different limitation periods. Indeed, one of them has; see Manitoba’s *Securities Act*, C.C.S.M., c. S50, s. 137 (providing an eight-year period, instead of the six-year norm). By the same token, it may be the case that provincial and territorial securities regulators come to differing (but nonetheless reasonable) interpretations of those limitation periods (though that has yet to occur). If there is a problem with such a hypothetical outcome, it is a function of our Constitution’s federalist structure — not the administrative law standards of review.

[30] Third, and most significantly, the problem with the appellant’s argument is her narrow view of the Commission’s expertise. In particular, the appellant argues that limitation periods “are not in themselves part of substantive securities regulation, the area of the [Commission’s] specialised expertise” (A.R.F., at para. 9). The argument presupposes a neat division between what one might call a “lawyer’s question” and a “bureaucrat’s question”. The logic seems to be that because the meaning of “the events” in s. 159 cannot possibly require any great technical expertise — there is, after all, no specialized “bureaucratese” to interpret — why should the matter be left to the Commission?

[31] While such a view may have carried some weight in the past, that is no longer the case. The modern approach to judicial review recognizes that courts “may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency’s constitutive statute that make sense given the broad policy

[29] Deuxièmement, il est vrai que l’application de la norme de la raisonabilité dans ce contexte suppose forcément que d’autres commissions provinciales ou territoriales des valeurs mobilières puissent interpréter différemment leurs dispositions établissant un délai de prescription. Mais je ne saurais convenir qu’une telle éventualité justifie l’application de la norme de la décision correcte et, par conséquent, une [TRADUCTION] « uniformité [imposée par les tribunaux] à la grandeur du pays » (m.r.a., par. 13). Nul ne conteste qu’un législateur provincial ou territorial peut prévoir un délai de prescription différent de ceux applicables dans les autres ressorts. C’est d’ailleurs ce que fait l’un d’eux; voir l’art. 137 de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Manitoba, C.P.L.M., ch. S50 (délai de huit ans au lieu des six ans habituels). Dans le même ordre d’idées, il se peut que les organismes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières interprètent différemment (mais raisonnablement) ces délais de prescription (même si ce n’est encore jamais arrivé). Toute difficulté liée à ce risque éventuel tient à notre Constitution de type fédéral, et non aux normes de contrôle en droit administratif.

[30] Troisièmement, la principale faille de l’argumentaire de l’appelante réside dans la conception étroite de l’expertise de la Commission qui le sous-tend. L’appelante prétend notamment que le délai de prescription [TRADUCTION] « ne fait pas partie en soi des dispositions substantielles sur les valeurs mobilières et échappe au domaine d’expertise de la [Commission] » (m.r.a., par. 9). Or, le bien-fondé de sa prétention suppose une distinction nette entre ce qui relève du juriste et ce qui relève du fonctionnaire. Parce que l’interprétation du terme « l’événement » employé à l’art. 159 ne saurait exiger de grandes connaissances d’ordre technique — après tout, il ne s’agit pas d’un terme « administratif » —, il semble logique de se demander pourquoi il faudrait confier à la Commission la tâche d’en déterminer le sens.

[31] Bien qu’un tel point de vue ait pu avoir un certain fondement dans le passé, ce n’est plus le cas. L’approche moderne en matière de contrôle judiciaire reconnaît qu’une cour de justice « [n’est] peut-être pas aussi bien qualifié[e] qu’un organisme administratif déterminé pour donner à la loi

context within which that agency must work” (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, *per* Wilson J.; see also *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 92; *Mowat*, at para. 25).

[32] In plain terms, because legislatures do not always speak clearly and because the tools of statutory interpretation do not always guarantee a single clear answer, legislative provisions will on occasion be susceptible to multiple *reasonable* interpretations (*Dunsmuir*, at para. 47; see also *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405). Indeed, that is the case here, as I will explain in a moment. The question that arises, then, is *who gets to decide among these competing reasonable interpretations?*

[33] The answer, as this Court has repeatedly indicated since *Dunsmuir*, is that the resolution of unclear language in an administrative decision maker’s home statute is usually best left to the decision maker. That is so because the choice between multiple reasonable interpretations will often involve policy considerations that we presume the legislature desired *the administrative decision maker* — not the courts — to make. Indeed, the exercise of that interpretative discretion is part of an administrative decision maker’s “expertise”.

B. *The Commission’s Interpretation of Section 159 Was Reasonable*

(1) Overview

(a) *The Appellant’s Position*

[34] In a nutshell, the appellant argues that s. 161(6) merely “codifies the [Commission’s] already-existing ability to rely on convictions, findings, orders, or agreements as *evidence* of a person’s conduct contrary to the public interest” (A.F.,

constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme » (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, la juge Wilson; voir également *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 92; *Mowat*, par. 25).

[32] En clair, une disposition législative fera parfois l’objet de plusieurs interprétations *raisonnables*, car le législateur ne s’exprime pas toujours de manière limpide et les moyens d’interprétation législative ne garantissent pas toujours l’obtention d’une seule solution précise (*Dunsmuir*, par. 47; voir également *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405). Tel est effectivement le cas en l’espèce, comme je l’explique ci-après. Il faut donc se demander à *qui il appartient de choisir entre ces interprétations divergentes raisonnables*.

[33] Comme l’a maintes fois rappelé notre Cour depuis l’arrêt *Dunsmuir*, mieux vaut généralement laisser au décideur administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive. La raison en est que le choix d’une interprétation parmi plusieurs qui sont raisonnables tient souvent à des considérations de politique générale dont on présume que le législateur a voulu confier la prise en compte *au décideur administratif* plutôt qu’à une cour de justice. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’interprétation relève en effet de l’« expertise » du décideur administratif.

B. *Caractère raisonnable de l’interprétation de l’art. 159 par la Commission*

(1) Aperçu

a) *La thèse de l’appelante*

[34] L’appelante prétend en somme que le par. 161(6) ne fait que [TRANSCRIPTION] « légaliser la possibilité qu’avait déjà la [Commission] de prendre appui sur une déclaration de culpabilité, une conclusion, une ordonnance ou un règlement pour

at para. 40 (emphasis in original)). The law is clear that the Commission could — and did — issue reciprocal orders using its existing power under s. 161(1) on the strength of factual findings in other jurisdictions prior to the introduction of s. 161(6); see, e.g., *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL), at p. 5 (where the Commission relied on “the findings of fact and law of the Ontario courts, and the enforcement orders made by the Ontario Securities Commission”); *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII), at para. 4 (where the Commission drew the facts “solely from the decision and order of the [Alberta Securities Commission] and the judgment of the Alberta Provincial Court”).

[35] In those earlier cases, “the events” meant the underlying misconduct — and no one suggests otherwise. As such, the Commission’s choice to rely on the “procedural shortcut” reflected in s. 161(6)(d) does not change the nature of the proceedings such that the *agreement* becomes *the event* (A.F., at para. 40). Rather, because s. 161(6)(d) must be fused with s. 161(1), the proceedings remain s. 161(1) proceedings — and “the events” must thus remain the underlying misconduct.

(b) *The Respondent’s Position*

[36] The respondent says that the appellant’s argument is untenable because the plain wording of s. 161(6) says nothing about decisions, orders, or settlement agreements being admissible as “evidence”. Rather, “the provisions empower the Commission to make an order in specific circumstances (*i.e.*, if a person is subject to another regulator’s order or has agreed to be subject to sanctions)” (R.F., at para. 53). Because securities investigations do not always conclude within the six-year window, the purpose of s. 161(6)(d) would be undermined if the Commission were “barred from making an order in any case where the extra-provincial proceeding concludes more than six

prouver que la conduite d’une personne est contraire à l’intérêt public » (m.a., par. 40 (en italique dans l’original)). Il est clairement établi en droit que, avant l’adoption du par. 161(6), la Commission pouvait rendre — et a effectivement rendu — des ordonnances réciproques dans l’exercice du pouvoir que lui conférait le par. 161(1), sur la foi de conclusions de fait tirées dans d’autres ressorts (voir, p. ex., *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL), p. 5, où la Commission s’appuie sur [TRADUCTION] « les conclusions de fait et de droit des cours de justice de l’Ontario et les ordonnances d’exécution de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario », et *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII), par. 4, où la Commission établit les faits [TRADUCTION] « uniquement à partir de la décision et de l’ordonnance de l’[Alberta Securities Commission] et du jugement de la Cour provinciale de l’Alberta »).

[35] Dans ces décisions antérieures, le terme « l’événement » s’entendait de l’inconduite en cause, et nul ne le conteste. Ainsi, le choix de la Commission de se servir du « raccourci procédural » offert à l’al. 161(6)d ne change pas la nature de l’instance de telle sorte que le *règlement* devienne *l’événement* (m.a., par. 40). Au contraire, comme l’al. 161(6)d doit s’appliquer de pair avec le par. 161(1), l’instance demeure fondée sur le par. 161(1), et les mots « l’événement » continuent donc de s’entendre de l’inconduite en cause.

b) *La thèse de l’intimé*

[36] Pour l’intimé, la prétention de l’appelante ne peut être retenue car aucun élément du libellé clair du par. 161(6) n’indique que les décisions, les ordonnances ou les règlements sont admissibles comme « éléments de preuve ». Au contraire, [TRADUCTION] « la disposition habilite la Commission à rendre une ordonnance dans certaines situations précises lorsqu’une personne est visée par l’ordonnance d’un autre organisme de réglementation ou qu’elle a accepté de faire l’objet de sanctions » (m.i., par. 53). Étant donné que, dans le domaine des valeurs mobilières, une enquête ne prend pas toujours fin avant l’expiration du délai de six ans, l’objectif de l’al. 161(6)d serait compromis

years after the date of the wrongdoer’s misconduct” (R.F., at para. 84). Put simply, on the appellant’s interpretation, the limitation period could expire before the event referred to in s. 161(6)(d) ever occurs — and that would all but defeat the purpose of the provision.

(c) *The Choice Between the Two Interpretations*

[37] For the reasons that follow, I conclude that both interpretations are reasonable. Here, the statutory language is less than crystal clear. Or, as Professor Willis once put it, “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning” (J. Willis, “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 4-5, cited in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 30).

[38] It will not always be the case that a particular provision permits multiple reasonable interpretations. Where the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, its interpretation will necessarily be unreasonable — no degree of deference can justify its acceptance; see, e.g., *Dunsmuir*, at para. 75; *Mowat*, at para. 34. In those cases, the “range of reasonable outcomes” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 4) will necessarily be limited to a single reasonable interpretation — and the administrative decision maker must adopt it.

[39] But, as I say, this is not one of those clear cases. As between the two possible interpretations put forward with respect to the meaning of s. 159 as it applies to s. 161(6)(d), both find some support in the text, context, and purpose of the statute. In a word, both interpretations are *reasonable*. The litmus test, of course, is that if the Commission had adopted the other interpretation — that is, if the Commission had agreed with the appellant —

si la Commission [TRADUCTION] « ne pouvait plus rendre d’ordonnance dès le moment où une instance extraprovinciale n’est pas menée à terme au plus tard six ans après l’inconduite » (m.i., par. 84). Plus simplement, selon l’interprétation de l’appelante, le délai de prescription pourrait expirer avant que l’événement visé à l’al. 161(6)d ne se produise, ce qui contrecarrerait dans les faits l’objectif de la disposition.

c) *Le choix entre les deux interprétations*

[37] Pour les motifs qui suivent, j’estime que les deux interprétations sont raisonnables. Le libellé de la loi n’est pas parfaitement limpide. Comme le dit le professeur Willis, [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » (J. Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 4-5, cité dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 30).

[38] Une disposition ne se prête pas toujours à plusieurs interprétations raisonnables. Lorsque les méthodes habituelles d’interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable, et nul droit à la déférence ne peut justifier sa confirmation (voir, p. ex., *Dunsmuir*, par. 75; *Mowat*, par. 34). Dans ce cas, les « issues raisonnables possibles » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 4) se limitent nécessairement à une seule, que le décideur administratif doit adopter.

[39] Mais, je le répète, nous ne sommes pas saisis de l’un de ces cas clairs. Les deux interprétations possibles de l’art. 159 avancées eu égard à son application à l’al. 161(6)d trouvent un certain appui dans le texte, le contexte et l’objet de la loi. En un mot, les deux interprétations sont *raisonnables*. Bien entendu — et là réside le critère décisif —, si la Commission avait retenu l’autre interprétation et donné raison à l’appelante, j’ai peine à imaginer

I am hard-pressed to conclude that we would have rejected its decision as unreasonable.

[40] The bottom line here, then, is that the Commission holds the interpretative upper hand: under reasonableness review, we defer to *any* reasonable interpretation adopted by an administrative decision maker, *even if* other reasonable interpretations may exist. Because the legislature charged the administrative decision maker rather than the courts with “administer[ing] and apply[ing]” its home statute (*Pezim*, at p. 596), it is the decision maker, first and foremost, that has the discretion to resolve a statutory uncertainty by adopting any interpretation that the statutory language can reasonably bear. Judicial deference in such instances is itself a principle of modern statutory interpretation.

[41] Accordingly, the appellant’s burden here is not only to show that her competing interpretation is reasonable, but also that the Commission’s interpretation is *unreasonable*. And that she has not done. Here, the Commission, with the benefit of its expertise, chose the interpretation it did. And because that interpretation has not been shown to be an unreasonable one, there is no basis for us to interfere on judicial review — even in the face of a competing reasonable interpretation.

(2) Ordinary Meaning

[42] Beginning with the ordinary meaning of “the events”, on the surface it would appear that “the even[t]” giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of “ha[ving] agreed with a securities regulatory authority” to be subject to regulatory action. By ordinary meaning, I refer simply to the “natural meaning which appears when the provision is simply read through” (*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735). The ordinary meaning would thus appear to support the Commission’s interpretation.

que nous aurions rejeté sa décision au motif qu’elle était déraisonnable.

[40] L’élément décisif en l’espèce réside dans le privilège dont jouit la Commission en matière d’interprétation : suivant la norme de la raisonnable, nous devons déférer à *toute* interprétation raisonnable du décideur administratif, *même lorsque* d’autres interprétations raisonnables sont possibles. Le législateur ayant confié au décideur administratif, et non à une cour de justice, le mandat d’« appliquer » sa loi constitutive (*Pezim*, p. 596), c’est avant tout à ce décideur qu’appartient le pouvoir discrétionnaire de lever toute incertitude législative en retenant une interprétation que permet raisonnablement le libellé de la disposition en cause. La déférence judiciaire constitue alors en elle-même un principe d’interprétation législative moderne.

[41] Partant, il incombe à l’appelante de prouver non seulement que son interprétation divergente est raisonnable, mais aussi que celle de la Commission est *déraisonnable*. Elle ne l’a pas fait. Forte de son expertise, la Commission a opté pour une interprétation en particulier. Et comme le caractère déraisonnable de celle-ci n’a pas été démontré, rien ne nous permet d’intervenir dans le cadre d’un contrôle judiciaire même si une autre interprétation raisonnable est possible.

(2) Sens ordinaire

[42] Considérons d’abord le sens ordinaire de « l’événement ». À première vue, l’événement qui donne lieu à l’instance fondée sur l’al. 161(6)(d) paraît être le fait, pour la personne en cause, de [TRADUCTION] « [convenir] avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l’objet d’une mesure réglementaire. J’entends seulement par sens ordinaire le « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition » (*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735). Le sens ordinaire semble donc étayer l’interprétation de la Commission.

[43] However, satisfying oneself as to the ordinary meaning of the phrase “is not determinative and does not constitute the end of the inquiry” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 48). Although it is presumed that the ordinary meaning is the one intended by the legislature, courts are obliged to look at other indicators of legislative meaning as part of their work of interpretation. That is so because

[w]ords that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context. The possibility of the context revealing a latent ambiguity such as this is a logical result of the modern approach to interpretation.

(*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at para. 10)

[44] That possibility is realized here. Though the ordinary meaning seems apparent enough, digging deeper into the context and purpose of the provision casts some doubt on that conclusion — and introduces the possibility of another reasonable interpretation.

(3) Drafting History

[45] The limitation period in s. 159 predates the addition of s. 161(6) by roughly a decade. Before s. 161(6) was introduced by the *Securities Amendment Act, 2006*, S.B.C. 2006, c. 32, it was clear that s. 159 ran from the date of the underlying misconduct; see, e.g., *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL), at para. 38; *Bapty*, at para. 28. As mentioned, the parties do not contend otherwise.

[46] It was only with the addition of s. 161(6) that the start date for the limitations clock became unclear. Given that the legislature chose not to change the wording of s. 159 after it added s. 161(6), it stands to reason that the legislature intended “the events” in s. 159 to continue to refer to the misconduct at issue, regardless of the addition of s. 161(6). In other words, the original meaning of “the events” did not change overnight. And

[43] Toutefois, arrêter le sens ordinaire du terme « n’est pas déterminant et ne met pas fin à l’analyse » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48). Même si le sens ordinaire est présumé être celui voulu par le législateur, une cour de justice doit tenir compte d’autres éléments pour interpréter un texte législatif, et ce, pour la raison suivante :

Des mots en apparence clairs et exempts d’ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte. La possibilité que le contexte révèle une telle ambiguïté latente découle logiquement de la méthode moderne d’interprétation.

(*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 10)

[44] Cette possibilité se réalise en l’espèce. Bien que le sens ordinaire semble assez manifeste, un examen approfondi du contexte de la disposition et de son objet suscite un certain doute quant à cette interprétation et permet d’envisager l’existence d’une autre interprétation raisonnable.

(3) L’historique de la disposition

[45] Le délai de prescription prévu à l’art. 159 existait depuis environ 10 ans lors de l’adjonction du par. 161(6) en 2006 (*Securities Amendment Act, 2006*, S.B.C. 2006, ch. 32). Il ne faisait jusqu’alors aucun doute que ce délai commençait à courir à compter de l’inconduite reprochée (voir, p. ex., *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL), par. 38; et *Bapty*, par. 28). Rappelons que les parties en conviennent.

[46] Ce n’est qu’avec l’adjonction du par. 161(6) que le moment auquel débutait la computation du délai est devenu incertain. Comme le législateur a décidé de ne pas modifier l’art. 159 après cette adjonction, on peut seulement lui prêter l’intention que les mots « l’événement » employés à l’art. 159 continuent de s’entendre de l’inconduite en cause. Autrement dit, le sens initial de « l’événement » n’a pas changé du jour au lendemain. Et comme

as Dickson J. (as he then was) observed, “words must be given the meanings they had at the time of enactment” (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 265, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 163). If one accepts this line of reasoning, it lends support to the appellant’s interpretation.

[47] On the other hand, one could argue that the original meaning of “the events” never changed — all that did was what qualified as an “event” in a particular context. It is important to distinguish between these two concepts. As Professor Sullivan has explained, “even though the meaning of a word remains constant, the things or events that fall within its ambit may change dramatically over time” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 149; see also P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 287-88). This argument, which lends support to the Commission’s interpretation, is best illustrated by a contextual reading of s. 159, to which I now turn.

(4) The Provision Read in Context

[48] The use of the phrase “the events that give rise to the proceedings” in s. 159 is relatively open-ended, as can be seen when contrasted with the language used in other limitations provisions in the *Act*. For example, s. 140(a), which provides for limitation periods for actions for rescission, speaks of “180 days after the date of the transaction that gave rise to the cause of action”. Section 140.94, which concerns actions related to secondary market disclosure, speaks of “3 years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released”.

[49] The distinctive diction of s. 159 arguably makes sense in context. Unlike ss. 140 and 140.94, which refer to specific proceedings in the *Act*, s. 159 is a residual limitation provision applicable to *all* other proceedings. Thus, it stands to reason that “the

l’a signalé le juge Dickson (plus tard Juge en chef), « les termes [. . .] doivent recevoir le sens qu’ils avaient au moment de [l’]adoption » de la loi (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 265, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 163). Ce raisonnement, si on y adhère, appuie l’interprétation de l’appelante.

[47] En revanche, on peut prétendre que le sens initial de « l’événement » n’a jamais changé, la modification ayant uniquement visé ce qui constituait « l’événement » dans un contexte particulier. Il importe d’ailleurs de distinguer les deux. Comme l’explique la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « même si le sens d’un terme demeure inchangé, les choses ou les événements qu’il vise peuvent changer radicalement avec le temps » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 149; voir également P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 310-311). La validité de cette prétention favorable à l’interprétation de la Commission est d’autant plus évidente lorsque l’on considère l’art. 159 dans son contexte, ce que je fais ci-après.

(4) Interprétation de la disposition dans son contexte

[48] Le libellé [TRADUCTION] « l’événement qui [. . .] donne lieu [à l’instance] » figurant à l’art. 159 est assez large par comparaison à celui d’autres dispositions de la *Loi* qui établissent un délai de prescription. Par exemple, l’al. 140a), qui prévoit le délai pour intenter une action en annulation, accorde « 180 jours à compter de l’opération qui fait naître la cause d’action ». L’article 140.94, portant sur l’action relative à l’obligation d’information sur le marché secondaire, précise que le délai est de « 3 ans à compter de la publication initiale du document qui renferme la déclaration inexacte ».

[49] On peut soutenir que la formulation particulière de l’art. 159 fait sens dans le contexte. Contrairement aux art. 140 et 140.94, qui renvoient à des actions précises prévues par la *Loi*, l’art. 159 établit par défaut le délai de la prescription pour

events” is a deliberately open-ended phrase because it must be capable of applying to a variety of different contexts. As applied to s. 161(1)(a)(i), “the events” read in its ordinary sense means the date of the misconduct whereby a person was “contravening . . . a provision of [the] Act”. That, of course, was the interpretation as understood prior to the introduction of s. 161(6). But it is also easy to see how, as applied to s. 161(6)(a), “the events” can mean the date the person “has been convicted . . . of an offence”. And as applied to s. 161(6)(d), the provision at issue here, “the events” can mean the date the person “has agreed with a securities regulatory authority [. . .] to be subject to sanctions, conditions, restrictions or requirements”.

[50] What the appellant asks the Commission to do is to interpret “the events that give rise to the proceedings” restrictively as “the *misconduct* that gives rise to the proceedings”. Indeed, that is essentially how Manitoba’s general limitation provision reads; see *Securities Act*, s. 137 (“the proceedings to prosecute a person or company for an offence under this Act shall not be commenced after eight years after the date on which the offence was committed”). It cannot be said, however, that a contextual reading of s. 159 points toward such a restrictive interpretation. Rather, a flexible reading of “the events” — capable of adapting to the various provisions to which it is applied, including new provisions added over time, such as s. 161(6)(d) itself — makes more sense in context. Accordingly, and setting aside whatever quibbles one might have with the significance of the provision’s drafting history, a contextual reading of s. 159 supports the Commission’s interpretation.

(5) The Nature of Secondary Proceedings

[51] For better or worse, securities regulation in Canada remains largely a matter of provincial and territorial jurisdiction. However, given the reality of

toute autre instance. Il est donc logique que le législateur ait voulu conférer un sens assez large au terme « l’événement » afin qu’il puisse s’appliquer à différentes situations. Pour les besoins du sous-al. 161(1)a(i), le sens ordinaire de « l’événement » s’entend de l’inconduite et renvoie au jour où la personne [TRADUCTION] « a contrevenu [. . .] à une disposition de [la] Loi ». Telle était assurément l’interprétation qui avait cours avant l’adjonction du par. 161(6). Mais on constate aussi aisément que, pour l’application de l’al. 161(6)a, « l’événement » peut renvoyer au jour où la personne [TRADUCTION] « a été déclarée coupable [. . .] d’une infraction ». Pour les besoins de l’al. 161(6)d) — la disposition en cause dans la présente affaire —, « l’événement » peut s’entendre du moment où la personne « a convenu avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières [. . .] de faire l’objet de sanctions, de conditions, de restrictions ou d’exigences ».

[50] L’appelante demande à la Commission de ne voir dans « l’événement qui [. . .] donne lieu [à l’instance] » que « *l’inconduite* qui donne lieu à l’instance ». C’est d’ailleurs essentiellement dans cette optique qu’est rédigée la disposition générale manitobaine sur la prescription : voir la *Loi sur les valeurs mobilières*, art. 137 (« la poursuite contre une personne ou une compagnie pour infraction à la présente loi se prescrit par huit ans à compter de la date à laquelle l’infraction a été commise »). Toutefois, on ne saurait affirmer qu’une interprétation contextuelle de l’art. 159 milite en faveur de cette interprétation restrictive. En effet, il est plus logique, dans le contexte, d’interpréter « l’événement » avec souplesse, de manière que le terme puisse s’adapter aux diverses dispositions auxquelles l’article s’applique, y compris celles ajoutées au fil du temps, comme l’al. 161(6)d). Par conséquent, et sans égard aux désaccords éventuels sur l’importance de l’historique de la disposition, l’interprétation contextuelle de l’art. 159 appuie l’interprétation retenue par la Commission.

(5) La nature de l’instance secondaire

[51] Pour le meilleur ou pour le pire, au Canada, la réglementation des valeurs mobilières relève largement de la compétence des provinces et des territoires.

interprovincial, if not international, capital markets, “[t]here can be no disputing the indispensable nature of interjurisdictional co-operation among securities regulators today” (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 27). That is where provisions such as s. 161(6)(d) come in.

[52] In 2004, recognizing the inefficiencies of the existing framework, all the provinces and territories (except Ontario, for reasons that are not relevant here) signed a memorandum of understanding (“MOU”); see *A Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation* (online). The MOU set up a “passport system” for securities regulation, which provides a single window of access to market participants. Under this passport system,

host jurisdictions will rely on the securities regulator in the primary jurisdiction of a market participant for the enforcement of the requirements of securities laws applicable to those areas covered by the passport system.

- The securities regulator in a host jurisdiction that receives a complaint about a market participant will conduct a preliminary assessment of the complaint and refer the complaint along with their findings and the documents compiled to the primary jurisdiction for further investigation and, if appropriate, enforcement action.
- The host securities regulator will await the outcome of the primary securities regulator’s investigation and will undertake its own investigation and, if appropriate, enforcement action if it is in the public interest to do so or if the primary securities regulator has referred the matter back to the host securities regulator for further action. [Emphasis added; para. 5.6.]

[53] Not long after the MOU was signed, the B.C. legislature introduced legislation to implement its provisions, including the secondary proceeding

Toutefois, étant donné la nature interprovinciale, voire internationale, des marchés financiers, « [i]l ne fait pas de doute que, de nos jours, la coopération des organismes de réglementation de divers ressorts est indispensable » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 27). C’est dans cette optique que sont adoptées des dispositions comme l’al. 161(6)d.

[52] En 2004, reconnaissant les éléments d’inefficacité du cadre législatif d’alors, toutes les provinces et tous les territoires (sauf l’Ontario, pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l’espèce) ont signé le *Protocole d’entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières* (en ligne) (« protocole »). Le protocole établit, aux fins de la réglementation des valeurs mobilières, un « régime de passeport » doté d’un guichet unique pour les participants du marché :

Les juridictions hôtes s’en remettent à l’organisme de réglementation des valeurs mobilières de la juridiction principale du participant du marché quant à l’application des dispositions de la législation sur les valeurs mobilières relatives aux éléments concernés par le régime de passeport.

- L’organisme de réglementation des valeurs mobilières d’une juridiction hôte qui reçoit une plainte au sujet d’un participant du marché effectuera une évaluation préliminaire, puis adressera la plainte, ainsi que ses observations et les documents pertinents, à l’organisme de réglementation principal, qui poursuivra l’enquête et prendra des mesures en conséquence, s’il y a lieu.
- L’organisme de réglementation des valeurs mobilières de la juridiction hôte attendra les résultats de l’enquête de l’organisme de réglementation principal pour effectuer ses propres vérifications et, s’il le juge nécessaire, prendra ses propres mesures s’il est dans l’intérêt public de le faire ou si l’organisme de réglementation principal renvoie l’affaire à l’organisme de réglementation de la juridiction hôte pour que des mesures soient prises. [Je souligne; par. 5.6.]

[53] Peu après la signature du protocole, le législateur de la C.-B. a proposé des mesures législatives en vue de mettre en œuvre ses dispositions, y

powers now found in s. 161(6); see Bill 20, *Securities Amendment Act, 2006*; Bill 28, *Securities Amendment Act, 2007*. Section 161(6)(d), of course, recognizes settlement agreements in other jurisdictions; other provisions speak to convictions for securities-related offences (s. 161(6)(a)), judicial findings as to securities laws (s. 161(6)(b)), and regulatory orders (s. 161(6)(c)).

[54] As a consequence of these legislative amendments, while the Commission cannot abrogate its responsibility to make its own determination as to whether an order is in the public interest, one could argue, as the respondent does, that s. 161(6) obviates the need for inefficient parallel and duplicative proceedings in British Columbia by expressly providing a new basis on which to initiate proceedings. In other words, s. 161(6) achieves the legislative goal of facilitating interprovincial cooperation by providing a triggering “event” *other than the underlying misconduct*. The corollary to this point must be the ability to actually rely on that triggering event — that is, the other jurisdiction’s settlement agreement (or conviction or judicial finding or order, as the case may be) — in commencing a secondary proceeding. But the appellant’s reading of s. 159 as it applies to s. 161(6) leads to the troublesome conclusion that the Commission could be time-barred from proceeding under this provision *before the triggering event even exists*.

[55] The appellant’s response is that where there is a risk that the six-year limitation window could expire before the primary jurisdiction has completed its proceeding, British Columbia and every other secondary province and territory should initiate their own proceedings in reliance on s. 161(1) alone — or, in the case of another province or territory, their provincial or territorial equivalent of that section — with the possibility that s. 161(6) or its equivalent could be invoked

compris le pouvoir d’intenter une instance secondaire que confère désormais le par. 161(6) (voir le projet de loi 20 intitulé *Securities Amendment Act, 2006*, et le projet de loi 28 intitulé *Securities Amendment Act, 2007*). Bien entendu, l’al. 161(6)d reconnaît le règlement intervenu dans un autre ressort; les autres alinéas visent la déclaration de culpabilité d’une infraction liée aux valeurs mobilières (al. 161(6)a), les conclusions d’une cour de justice sur l’application des dispositions sur les valeurs mobilières (al. 161(6)b) et l’ordonnance d’un organisme de réglementation (al. 161(6)c)).

[54] Par suite de cette modification législative, et bien que la Commission ne puisse renoncer à son pouvoir de décider elle-même si une ordonnance est dans l’intérêt public, on pourrait prétendre, comme le fait d’ailleurs l’intimé, que le par. 161(6) rend inutiles en Colombie-Britannique les instances parallèles et répétitives — d’où leur caractère inefficace — en offrant expressément un nouveau fondement à l’introduction d’une instance. En d’autres termes, le par. 161(6) réalise l’objectif législatif d’une coopération interprovinciale accrue en prévoyant un autre « événement » déclencheur *en sus de l’inconduite en cause*. Dès lors, pour engager une instance secondaire, il faut être en mesure d’invoquer effectivement pareil événement déclencheur, à savoir le règlement dans l’autre ressort (ou, selon le cas, la déclaration de culpabilité, le jugement ou l’ordonnance). Or, l’interprétation de l’art. 159 que préconise l’appellante pour les besoins du par. 161(6) mène à la conclusion embêtante que la prescription pourrait être opposable à toute démarche de la Commission fondée sur ce paragraphe *avant même que l’événement déclencheur ne se produise*.

[55] L’appelante réplique que dans les cas où le délai de prescription de six ans risque d’expirer avant la fin de l’instance engagée dans le ressort principal, la Colombie-Britannique et chacun des autres ressorts secondaires doivent introduire leur propre instance sur le fondement du seul par. 161(1) (ou, dans le cas des autres ressorts, de la seule disposition provinciale ou territoriale équivalente), sous réserve de la possibilité d’invoquer le par. 161(6) (ou la disposition équivalente) ultérieurement. De

later on. Of course, the implication of this approach is clear: the appellant says that s. 161(6) does not change anything with respect to the timing of when a secondary proceeding must begin.

[56] The facts of this case, however, illustrate how problematic the appellant's interpretation can prove in practice. Though the OSC was first alerted to the issues at Hucamp in 2001, it did not commence formal proceedings until 2005 (four years later). A settlement agreement was not reached until 2008 (a further three years later, and a full seven years after the last event of misconduct). No one suggests this lengthy period reflects any foot-dragging on the OSC's part. And yet, on the appellant's view, as the calendar turned to 2007, the B.C. Commission should have commenced its own proceeding under s. 161(1) so as to preserve its ultimate authority to make an order using both ss. 161(1) and 161(6)(d). If that had been done, the appellant seems to accept that the Commission could then have waited until the conclusion of the OSC's proceeding to make its actual order.

[57] The difficulty with the appellant's approach is that if each province and territory has to initiate proceedings before its limitations clock runs out — instead of relying on the outcome of the proceedings in the primary jurisdiction — overlapping cases would clog up the legal system and overburden the securities commissions. A multiplicity of simultaneous proceedings would also place a high burden on the target of the proceedings, who could well face multiple proceedings all across the country, all needing to be defended simultaneously.

[58] On the other hand, allowing secondary jurisdictions to use s. 161(6) such that they can wait until the *conclusion* of the primary proceeding avoids some of these complications. That can happen only if the secondary jurisdictions are allowed to begin their work (and their limitation clocks start ticking) once the original proceeding has actually concluded — and no earlier. As such, it can be said that *the very purpose of s. 161(6) is to provide a*

toute évidence, sa thèse suppose nettement que le par. 161(6) ne modifie en rien le délai dans lequel l'instance secondaire doit être engagée.

[56] Toutefois, les faits de la présente affaire montrent à quel point l'interprétation de l'appelante peut se révéler problématique dans la réalité. Bien que la CVMO ait été informée initialement des irrégularités chez Hucamp en 2001, elle n'a engagé l'instance qu'en 2005 (soit quatre ans plus tard). Le règlement n'est intervenu qu'en 2008 (encore trois ans plus tard, et sept années complètes après la dernière inconduite). Nul ne laisse entendre que ce long délai est imputable à quelque inaction de la CVMO. Et pourtant, à l'aube de l'année 2007, la Commission de la C.-B. aurait dû, selon l'appelante, se pourvoir aux termes du par. 161(1) afin de préserver son pouvoir ultime de rendre une ordonnance sur le fondement à la fois du par. 161(1) et de l'al. 161(6)d). Si elle l'avait fait, la Commission aurait alors pu — selon ce que l'appelante semble reconnaître — attendre la conclusion de l'instance de la CVMO avant de rendre sa propre ordonnance.

[57] La difficulté que pose l'interprétation de l'appelante est que si chacun des ressorts doit introduire une instance avant l'expiration de son délai de prescription — au lieu de s'en remettre à l'issue de l'instance dans le ressort principal —, le chevauchement des instances aura pour effet d'engorger le système de justice et de surcharger les commissions des valeurs mobilières. En outre, un lourd fardeau sera imposé aux personnes visées, car elles pourront alors faire l'objet de nombreuses instances introduites à la grandeur du pays et dans lesquelles elles devront se défendre simultanément.

[58] En revanche, permettre aux ressorts secondaires d'invoquer le par. 161(6) et d'attendre le *dénouement* de l'instance principale écarte certaines de ces complications. Cela n'est possible que s'il leur est permis d'entreprendre leurs démarches (et de faire ainsi en sorte que leurs délais de prescription commencent à courir) une fois que l'instance initiale a bel et bien été menée à terme, pas avant. Par conséquent, on peut affirmer que *l'objet*

new limitation clock. Unless it is interpreted in this manner, s. 161(6) is no solution to the challenges inherent in the decentralized structure of securities regulation in Canada.

[59] In the end, the Commission's interpretation is a reasonable one because it furthers the legislature's manifest goal of improving interprovincial cooperation. The appellant's interpretation, by contrast, fits uneasily with the broader indicators of legislative intent available to us. In reducing s. 161(6) to a belts-and-suspenders codification of what is already common practice, her interpretation does little to improve interprovincial cooperation. I do not say that the appellant's interpretation is inconsistent with such efforts — only that it does not further them to the same extent as the Commission's interpretation.

(6) The Purpose of Limitation Periods

[60] I would be wary of focussing only on the legislative purpose of secondary provisions while overlooking the legislative purpose of limitation periods. Instead, regard must also be had for the legislative purpose of both s. 161(6)(d) and s. 159.

[61] The appellant fears that the Commission's interpretation undermines two of the three purposes of limitation periods, namely, allowing for repose and encouraging diligence (*Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at para. 67). Most notable is the possibility that allowing the limitations clock to start with each new proceeding would allow a string of secondary proceedings, piggy-backing on each other, which could stretch for decades. We are told that “[w]ith twelve jurisdictions having such provisions, a person could be subject to serial proceedings for *seventy-four years*” (A.F., at para. 54 (emphasis in original)).

[62] There is also a related concern with respect to s. 161(6)(c), which provides that the Commission may commence a proceeding so long as a person is

même du par. 161(6) est de prévoir un nouveau délai de prescription. À défaut d'une telle interprétation, le par. 161(6) n'apporte pas de solution aux difficultés inhérentes à la réglementation décentralisée des valeurs mobilières au Canada.

[59] En définitive, l'interprétation de la Commission est raisonnable en ce qu'elle favorise une coopération interprovinciale accrue, ce qui correspond à l'objectif manifeste du législateur. À l'opposé, celle de l'appelante ne cadre pas bien avec les indices généraux qui nous permettent de cerner l'intention du législateur. En réduisant l'adoption du par. 161(6) à la légalisation prudente d'une pratique existante, l'interprétation que préconise l'appelante contribue peu à accroître la coopération interprovinciale. Ce n'est pas que son interprétation soit incompatible avec l'objectif, mais elle ne favorise pas autant sa réalisation que celle retenue par la Commission.

(6) L'objectif d'un délai de prescription

[60] Je me garde de m'attacher au seul objectif législatif des dispositions relatives à l'instance secondaire et de négliger celui du délai de prescription. Il faut plutôt tenir compte de l'objectif législatif de l'al. 161(6)d) et de celui de l'art. 159.

[61] L'appelante dit craindre que l'interprétation de la Commission ne compromette la réalisation de deux des trois objectifs d'un délai de prescription, à savoir assurer la tranquillité d'esprit et encourager la diligence (*Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 67). Mais surtout, permettre que le délai commence à courir dès l'introduction de chaque nouvelle instance entraînerait une cascade d'instances secondaires se greffant les unes aux autres et se succédant ainsi pendant des décennies. Selon l'appelante, [TRADUCTION] « [l]es douze ressorts étant dotés de telles dispositions, une personne pourrait faire l'objet d'instances successives pendant *soixante-quatorze ans* » (m.a., par. 54 (en italique dans l'original)).

[62] L'appelante s'inquiète également de ce que l'al. 161(6)c) permet à la Commission d'engager une instance tant que la personne « fait l'objet

“subject to an order” by another regulator. Public interest orders may last 20 years or more; see, e.g., *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII) (20 years); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478 (25 years); *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII) (permanent); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729 (permanent). Were the Commission able to commence a secondary proceeding six years *after* a person is no longer “subject to” such a primary order, that approach could radically expand the length of the limitation period — even beyond 74 years.

[63] Such concerns, in my view, are not idle. Limitations periods exist for good reasons, two of which deserve mention here. First, “[t]here comes a time . . . when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations” (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 29). Second, at some point “[i]t is better that the negligent [plaintiff], who has omitted to assert his right within the prescribed period, should lose his right, than that an opening should be given to interminable litigation” (*Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, at p. 577; see also *M. (K.)*, at p. 30).

[64] Against those rationales, the appellant’s interpretation has something to it. Manifestly, the Commission’s reading significantly extends the duration of time for which a person may be subject to regulatory action. Common sense suggests that the authorities will always want more time to go after law-breakers, but fairness demands their chase eventually come to an end. Absent more, regard for the purpose of limitation periods thus counsels in favour of the appellant’s interpretation.

[65] There is, however, a simple answer to the disquieting hypotheticals raised by the appellant. Although securities commissions are conferred with broad discretion to make orders in the public interest, their authority “is not unlimited” (*Asbestos*

d’une ordonnance » rendue par un autre organisme de réglementation. La durée d’une ordonnance rendue dans l’intérêt public peut atteindre 20 ans, voire plus (se reporter, p. ex., à *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII) (20 ans); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478 (25 ans); *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII) (en permanence); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729 (en permanence)). Si la Commission pouvait introduire une instance secondaire six ans *après* qu’une personne a cessé de « faire l’objet » de l’ordonnance principale, le délai de prescription pourrait en être substantiellement accru et même dépasser 74 ans.

[63] À mon avis, ces préoccupations ne sont pas futiles. Les délais de prescription existent pour de bonnes raisons, dont deux valent d’être mentionnées en l’espèce. Premièrement, « [i] arrive un moment [. . .] où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu’il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29). Deuxièmement, arrivé à un certain point, [TRADUCTION] « [i] vaut mieux que le [demandeur] négligent, qui n’a pas fait valoir son droit dans le délai prescrit, perde ce droit, que de laisser la porte ouverte à des litiges interminables » (*Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, p. 577; voir également *M. (K.)*, p. 30).

[64] Au vu de ces raisons d’être, l’interprétation de l’appelante a un certain fondement. De toute évidence, l’interprétation que défend la Commission a pour effet de prolonger considérablement la période pendant laquelle une personne s’expose à une mesure réglementaire. Les autorités réclameront toujours plus de temps pour réprimer les contraventions à la loi, mais l’équité commande que les contrevenants ne puissent plus être poursuivis après un certain temps. À défaut d’autres considérations, l’objectif d’un délai de prescription milite donc en faveur de l’interprétation de l’appelante.

[65] Les inquiétudes exprimées par l’appelante peuvent cependant être aisément écartées. Bien que les commissions des valeurs mobilières soient investies d’un grand pouvoir discrétionnaire pour rendre des ordonnances dans l’intérêt public, leur

Minority Shareholders, at para. 41). Accordingly, no order — secondary or otherwise — is immune from appellate review for its reasonableness; see, e.g., *Lines v. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281 (where the court found the Commission’s order under s. 161(6)(d) unreasonable because it imposed a severe sanction in sole reliance on another jurisdiction’s settlement agreement in which no wrongdoing was admitted).

[66] “[T]here is always a perspective within which a statute is intended to operate” (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140). And keeping the appellant’s concerns in mind, it seems to me that a regulator that sought to act on these scenarios would run afoul of the legislative purpose of limitation periods and distort the purpose of secondary proceeding provisions.

[67] To his credit, the respondent acknowledges as much in his oral and written submissions (see transcript, at p. 55; R.F., at para. 90). In what I believe is a reasonable and responsible approach, he accepts the following three propositions:

1. Regardless of which of the four secondary proceeding clauses in s. 161(6) is at issue, “the events” refers to the date the relevant action first occurred. Accordingly, if a settlement agreement is entered into on January 1, 2013 and terminates on January 1, 2015, it is the *first* date, not the second, which starts the clock.
2. A secondary proceeding may not be commenced under s. 161(6) if the period of the original order has already lapsed. In other words, using the same example, the Commission could not commence a secondary proceeding on February 1, 2015, because the original order would no longer be in place at that time.

compétence à cet égard « n’est toutefois pas illimitée » (*Actionnaires minoritaires de la Société Asbestos*, par. 41). Par conséquent, nulle ordonnance — secondaire ou autre — n’échappe au contrôle de sa raisonabilité en appel; voir, p. ex., *Lines c. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281 (où la cour conclut que l’ordonnance de la Commission rendue en application de l’al. 161(6)d est déraisonnable parce qu’elle inflige une sanction sévère sur le seul fondement du règlement intervenu dans un autre ressort sans aveu de quelque inconduite).

[66] [TRADUCTION] « [U]ne loi est toujours censée s’appliquer dans une certaine optique » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140). Gardant présentes à l’esprit les craintes formulées par l’appelante, il me semble que l’organisme de réglementation qui chercherait à agir de la manière que redoute l’appelante contrecarrerait l’objectif législatif du délai de prescription et dénaturerait l’objectif des dispositions prévoyant l’introduction d’une instance secondaire.

[67] L’intimé le reconnaît dans sa plaidoirie orale et dans son mémoire — et c’est tout à son honneur (voir la transcription, p. 55; m.i., par. 90). Selon une approche qui me paraît à la fois raisonnable et responsable, il convient de la justesse des trois assertions suivantes :

1. Peu importe que l’on applique l’un ou l’autre des quatre alinéas du par. 161(6) qui donnent ouverture à l’instance secondaire, « l’événement » renvoie à l’acte lorsqu’il se produit pour la première fois. Par conséquent, si un règlement intervient le 1^{er} janvier 2013 et expire le 1^{er} janvier 2015, c’est à la *première* date, non à la seconde, que le délai de prescription commence à courir.
2. Une instance secondaire ne peut être introduite aux termes du par. 161(6) lorsque l’ordonnance initiale a déjà expiré. Autrement dit, si nous poursuivons avec le même exemple, la Commission ne pourrait engager d’instance secondaire le 1^{er} février 2015, car l’ordonnance initiale ne serait plus applicable.

3. Any order initiated using s. 161(6) must be based on an *original* proceeding in the primary jurisdiction. Secondary proceedings cannot be “stacked” on top of one another in the manner feared by the appellant.

Although this is not the case to put our stamp of approval on these concessions, to my mind, they make eminent good sense. Thus, to the extent that regulators commence secondary proceedings in these situations, they must, as always, be prepared to defend the reasonableness of their decisions on appellate review.

[68] While it is true that the application of s. 159 to the secondary proceeding provisions such as s. 161(6)(d) will have the effect, as a practical matter, of extending the period under which the cloud of potential regulatory action hangs over a person, that, of itself, is not offensive to the legislative purpose of limitation provisions. Limitations periods are always “driven by specific policy choices of the legislatures” (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 230, *per* Rothstein J., dissenting), as they attempt to “balance the interests of both sides” (*Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at p. 1080).

[69] The Commission’s interpretation strikes a reasonable balance between facilitation of inter-provincial cooperation and the underlying purposes of limitation periods. Thus, notwithstanding the appellant’s reasonable concerns, I am unable to conclude that the Commission’s interpretation is rendered unreasonable in light of the purpose of limitation periods.

(7) Conclusion on the Commission’s Interpretation

[70] A review of the ordinary meaning, the context, and the purpose of both ss. 159 and 161(6) reasonably supports the conclusion that “the even[t]” giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of “ha[ving] agreed with a securities regulatory authority” to be subject to regulatory action. That is not to say that the appellant’s interpretation

3. Toute ordonnance rendue aux termes du par. 161(6) doit être fondée sur une instance *initiale* dans le ressort principal. Les instances secondaires ne peuvent se « succéder » les unes aux autres comme le craint l’appelante.

Point n’est besoin d’avaliser ou non ces concessions, mais elles me paraissent éminemment sensées. Ainsi, l’organisme de réglementation qui introduit une instance secondaire dans les situations considérées doit toujours être prêt à défendre la raisonabilité de sa décision lors d’un contrôle en appel.

[68] L’application de l’art. 159 à l’instance secondaire engagée par exemple sur le fondement de l’al. 161(6)d) a certes l’effet concret de prolonger la période pendant laquelle une personne peut craindre de faire l’objet de mesures réglementaires, mais il n’en résulte pas en soi d’atteinte à l’objectif législatif du délai de prescription. Les délais de prescription « procèdent [toujours] de décisions de principe arrêtées par le législateur » (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 230, le juge Rothstein, dissident) puisqu’ils visent à « établir un équilibre entre les intérêts des deux parties » (*Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1080).

[69] L’interprétation de la Commission établit un équilibre raisonnable entre l’accroissement de la coopération interprovinciale et les objectifs d’un délai de prescription. Par conséquent, malgré les craintes concevables de l’appelante, je ne puis conclure que l’interprétation de la Commission soit déraisonnable eu égard à l’objectif d’un délai de prescription.

(7) Conclusion sur l’interprétation de la Commission

[70] Le sens ordinaire, le contexte et l’objet de l’art. 159 et du par. 161(6) permettent de conclure raisonnablement que « l’événement » qui donne lieu à une instance fondée sur l’al. 161(6)d) s’entend du fait de « conven[ir] avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l’objet d’une mesure réglementaire. Je ne dis pas que

is not a reasonable alternative. But as I have said, when faced with two competing reasonable interpretations that result from a lack of clarity in its home statute, the Commission, with the benefit of its expertise, is entitled to choose between them. Courts must respect that choice.

C. *The Commission's Failure to Give Reasons*

[71] Briefly, I note that the Commission here failed to give reasons for its interpretation of s. 159. Instead, the Commission issued its order and, in doing so, impliedly decided that the proceeding was not time-barred. As noted in *Alberta Teachers*, “deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions” (at para. 54; see also *Dunsmuir*, at para. 47). Nonetheless, “when a reasonable basis for the decision is apparent to the reviewing court, it will generally be unnecessary to remit the decision to the tribunal” (at para. 55; see also *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 58).

[72] Unlike *Alberta Teachers*, in the case at bar, we do not have the benefit of the Commission’s reasoning from its decisions in other cases involving the same issue (see paras. 56-57). However, a basis for the Commission’s interpretation is apparent from the arguments advanced by the respondent, who is also empowered to make orders under (and thus to interpret) s. 161(1) and (6). These arguments follow from established principles of statutory interpretation. Accordingly, though reasons would have been preferable, there is nothing to be gained here from requiring the Commission to explain on remand what is readily apparent now.

VI. Disposition

[73] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

l’interprétation de l’appelante n’est pas raisonnable, mais, je le répète, lorsque deux interprétations raisonnables divergentes sont possibles à cause d’une ambiguïté de la loi constitutive, la Commission, forte de son expertise, peut opter pour l’une ou l’autre, à son gré. Les cours de justice doivent respecter son choix.

C. *L’absence de motifs*

[71] Je signale brièvement que, dans la présente affaire, la Commission ne motive pas son interprétation de l’art. 159. Elle rend plutôt son ordonnance et, de ce fait, conclut tacitement que l’instance n’est pas prescrite. Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Alberta Teachers*, « la déférence inhérente à la norme de la raisonabilité se manifeste optimalement lorsqu’une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente » (par. 54; voir également *Dunsmuir*, par. 47). Néanmoins, « lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, il n’est généralement pas nécessaire de renvoyer l’affaire au tribunal administratif » (par. 55; voir également *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58).

[72] Dans le présent dossier, contrairement à l’affaire *Alberta Teachers*, nous ne disposons pas du raisonnement de la Commission dans d’autres affaires portant sur le même point (voir les par. 56-57). Toutefois, le bien-fondé de l’interprétation de la Commission ressort de l’argumentaire de l’intimé, lequel est également habilité à rendre des ordonnances suivant les par. 161(1) et (6) (et donc à interpréter ces dispositions). De plus, ces arguments s’appuient sur des principes d’interprétation législative établis. Par conséquent, bien qu’il eût été préférable que la Commission motive son ordonnance, il n’y a aucun avantage en l’espèce à lui renvoyer l’affaire pour qu’elle explique ce qui est déjà manifeste.

VI. Dispositif

[73] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

The following are the reasons delivered by

[74] KARAKATSANIS J. — I agree with Justice Moldaver’s proposed disposition of this appeal and with much of his analysis. I accept his conclusion that the British Columbia Securities Commission was reasonable in interpreting the limitation period contained in s. 159 of the British Columbia *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, to require that secondary proceedings under s. 161(6) of the Act must be initiated within six years of a person being sanctioned in another jurisdiction, not within six years of the underlying misconduct.

[75] However, I part company with my colleague when he suggests that the opposite interpretation urged by the appellant — that the limitation period runs from the time of the underlying misconduct, not the Ontario Securities Commission order — is also reasonable. I do not agree.

[76] While the text of the provision, or its drafting history, might bear different interpretations if considered in a vacuum, the legislative objective of facilitating interjurisdictional cooperation weighs heavily against the appellant’s interpretation.

[77] Here, legislatures across Canada have enacted similar provisions to permit secondary proceedings in furtherance of interjurisdictional cooperation and consistency in securities regulation and enforcement across the country.⁴ These objectives are also reflected in the *Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation*. As my colleague notes, this Court has recognized

Version française des motifs rendus par

[74] LA JUGE KARAKATSANIS — Je souscris au dispositif que propose le juge Moldaver en l’espèce, ainsi qu’à une grande partie de son analyse. Je conviens avec lui que la British Columbia Securities Commission interprète raisonnablement l’art. 159 de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 418, lorsqu’elle conclut que le délai de prescription qui y est prévu fait en sorte qu’une instance secondaire fondée sur le par. 161(6) de la Loi doit être engagée au plus tard six ans après que la personne en cause s’est vu infliger une sanction dans un autre ressort, et non dans les six ans de son inconduite.

[75] Cependant, je ne partage pas son avis selon lequel l’interprétation contraire préconisée par l’appelante — à savoir que le délai de prescription court à compter de l’inconduite, et non du prononcé de l’ordonnance de la CVMO — est également raisonnable. Je ne suis pas d’accord.

[76] Bien que le libellé de la disposition en cause ou son historique puissent donner lieu à des interprétations différentes dans l’abstrait, l’objectif législatif de faciliter la coopération entre les ressorts milite fortement contre l’interprétation avancée par l’appelante.

[77] Au moyen de dispositions apparentées, les différentes législatures provinciales et territoriales ont doté leurs organismes de réglementation du pouvoir d’engager des instances secondaires⁴. Elles l’ont fait aux fins de la coopération intergouvernementale, de l’uniformité de la réglementation des valeurs mobilières et de l’application de celle-ci à la grandeur du pays, des objectifs qui sous-tendent

⁴ See *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 198(1.1); *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 161(6); *The Securities Act*, C.C.S.M., c. S50, s. 148.4(1); *Securities Act*, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 184(1.1); *Securities Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-13, s. 127(1.1); *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 134(1A); *Securities Act*, S.N.W.T. 2008, c. 10, s. 60(3); *Securities Act*, S.Nu. 2008, c. 12, s. 60(3); *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(10); *Securities Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-3.1, s. 60(3); *The Securities Act, 1988*, S.S. 1988-89, c. S-42.2, s. 134(1.1); *Securities Act*, S.Y. 2007, c. 16, s. 60(3).

⁴ Voir *Securities Act*, R.S.A. 2000, ch. S-4, par. 198(1.1); *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, par. 161(6); *Loi sur les valeurs mobilières*, C.P.L.M., ch. S50, par. 148.4(1); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5, par. 184(1.1); *Securities Act*, R.S.N.L. 1990, ch. S-13, par. 127(1.1); *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 418, par. 134(1A); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.T.N.-O. 2008, ch. 10, par. 60(3); *Securities Act*, S.Nu. 2008, ch. 12, par. 60(3); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, par. 127(10); *Securities Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-3.1, par. 60(3); *The Securities Act, 1988*, S.S. 1988-89, ch. S-42.2, par. 134(1.1); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.Y. 2007, ch. 16, par. 60(3).

that interjurisdictional cooperation is “indispensable” to securities regulation: *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 27. It is particularly important in light of *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

[78] On the appellant’s reading, the British Columbia Securities Commission may only initiate secondary proceedings against a person if it does so within six years of the underlying misconduct. This would mean that in cases — like this one — where an investigation in another jurisdiction does not conclude in an order or settlement within six years of the underlying misconduct, the Commission could not use its secondary proceedings power unless it had already started proceedings before the six year clock had elapsed. The appellant’s solution, that the Commission could instead initiate its own primary proceedings before the other jurisdiction’s had concluded, strikes me as duplication that is inconsistent with the objectives of the secondary proceedings regime.

[79] In this context, I am not persuaded that it would have been open to the Commission to reasonably interpret the limitation period as the appellant urges. It is at odds with a purposive interpretation.

[80] My colleague’s conclusion that both interpretations are reasonable would permit securities commissions in different jurisdictions across the country to come to completely opposite conclusions about the application of essentially equivalent statutory provisions enacted for the same purposes. Such a result has the potential to thwart the legislative objectives of consistency and cooperation that underlie the secondary proceedings regime.

également le *Protocole d’entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières*. Comme le signale mon collègue, la Cour a reconnu que la coopération intergouvernementale est « indispensable » à la réglementation des valeurs mobilières (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 27). Cette coopération revêt une importance particulière eu égard au *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

[78] Selon l’interprétation que préconise l’appelante, la British Columbia Securities Commission ne peut introduire une instance secondaire contre une personne que dans les six ans de l’inconduite en cause. Dès lors, lorsque — comme dans la présente affaire — l’enquête dans l’autre ressort ne débouche pas sur une ordonnance ou un règlement dans les six ans de l’inconduite, la Commission ne pourrait exercer son pouvoir d’introduire une instance secondaire que si elle avait déjà engagé une instance avant l’expiration du délai de prescription de six ans. Je vois dans cette solution — que la Commission introduise plutôt sa propre instance principale avant la conclusion de l’enquête dans l’autre ressort — un dédoublement incompatible avec les objectifs du régime qui permet l’introduction d’instances secondaires.

[79] Dans ce contexte, je ne suis pas convaincue qu’il aurait été raisonnable pour la Commission d’interpréter le délai de prescription comme nous y exhorte l’appelante. Pareille interprétation serait allée à l’encontre de la démarche téléologique.

[80] La conclusion de mon collègue selon laquelle les deux interprétations sont raisonnables fait en sorte que les commissions des valeurs mobilières des différents ressorts canadiens pourront tirer des conclusions diamétralement opposées relativement à l’application de dispositions législatives qui sont essentiellement équivalentes et qui visent les mêmes objectifs. Pareil résultat risque de contrecarrer les objectifs d’uniformité et de coopération qui sous-tendent le régime des instances secondaires.

[81] As my colleague notes, the disposition of this appeal does not require us to decide whether the appellant's alternative interpretation is reasonable.

[82] Accordingly, with this reservation regarding my colleague's reasons, I too would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the respondent: British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Financial Advisors Association of Canada: Blaney McMurtry, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.

[81] Comme le souligne mon collègue, statuer sur le présent pourvoi n'exige pas que nous décidions si l'interprétation proposée par l'appelante est raisonnable ou non.

[82] En conséquence, mise à part cette réserve à l'égard des motifs de mon collègue, je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Stockwoods, Toronto.

Procureur de l'intimé : British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseillers en finances du Canada : Blaney McMurtry, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Stéphane McRae *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McRAE

2013 SCC 68

File No.: 34743.

2013: May 21; 2013: December 6.

Present: LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Offences — Uttering threats — Elements of offence — Actus reus — Mens rea — Respondent stating to fellow detainees that he would kill and/or harm Crown prosecutor, officer-investigator and witnesses involved in his trial — Whether it is necessary to prove threats were conveyed to their subjects and/or that accused intended they be so conveyed — Whether lower courts erred in finding that elements of offence not made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

While the accused was detained awaiting trial, he stated to fellow detainees that he would take down the guys at the top to rearrange the face of the prosecutor and one of the witnesses because he thought that he was the one who snitched on him. The accused also stated that he had hired a private detective to find the prosecutor's address, and asked one of the detainees to do what was necessary to find the address of the officer-investigator. The accused further asserted that once his trial was over, he would kill the witnesses who had informed against him. The accused was acquitted of five counts of uttering threats on the basis that the *mens rea* of the offence had not been established because the words were not conveyed by the accused with the intent that they be transmitted to the subjects of the threats in an attempt to influence their actions. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Stéphane McRae *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. McRAE

2013 CSC 68

N° du greffe : 34743.

2013 : 21 mai; 2013 : 6 décembre.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Infractions — Proférer des menaces — Éléments de l'infraction — Actus reus — Mens rea — Intimé confiant à des codétenus qu'il allait causer la mort de la procureure de la Couronne, d'un policier-enquêteur et des témoins impliqués dans son procès et/ou leur infliger des lésions corporelles — Est-il nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises aux personnes visées et/ou que l'accusé entendait qu'elles soient ainsi transmises? — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que des éléments de l'infraction n'avaient pas été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)a).

Alors qu'il était détenu en attendant son procès, l'accusé a dit à des codétenus qu'il allait faire descendre des gars d'en haut pour arranger la face à la procureure de la Couronne et à un des témoins parce qu'il était d'avis que ce dernier l'avait dénoncé. L'accusé a ajouté qu'il avait retenu les services d'un détective privé pour trouver l'adresse de la procureure, et a demandé à un des détenus de faire le nécessaire pour trouver l'adresse du policier-enquêteur. Il a en outre affirmé qu'une fois son procès terminé, il allait tuer les témoins qui l'avaient dénoncé. L'accusé a été acquitté de cinq chefs d'avoir proféré des menaces au motif que la *mens rea* de l'infraction n'avait pas été établie du fait qu'il ne s'était pas exprimé dans l'intention que ses paroles soient transmises aux personnes visées par les menaces pour tenter d'influencer leurs actions. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The *actus reus* of the offence of uttering threats will be made out if a reasonable person fully aware of the circumstances in which the words were uttered or conveyed would have perceived them to be a threat of death or bodily harm. The Crown need not prove that the intended recipient of the threat was made aware of it, or if aware of it, that he or she was intimidated by it or took it seriously. Nor must the words be directed toward a specific person; a threat against an ascertained group of people is sufficient.

The *mens rea* of the offence is made out if the accused intended the words uttered or conveyed to intimidate or to be taken seriously. It is not necessary to prove an intent that the words be conveyed to the subject of the threat or that the accused intended to carry out the threat. A subjective standard of fault applies. However, in order to determine what was in the accused's mind, a court will often have to draw reasonable inferences from the words and the circumstances, including how the words were perceived by those hearing them.

In this case, both the trial judge and the Court of Appeal erred in law in finding that the elements of the offence had not been made out. With respect to the *actus reus* of the offence, the Court of Appeal erred in concluding that the words uttered by the accused did not amount to threats because they were not conveyed to their intended recipients and they did not cause anyone to be fearful or intimidated. It is not necessary to prove that the threats were conveyed to their intended recipients or to prove that anyone was actually intimidated or made fearful as a result of the words uttered in order to make out the prohibited act of the offence. As for the *mens rea* of the offence, both the trial judge and the Court of Appeal erred in finding that in order to make out the fault element it was necessary to prove that the accused intended the words to be transmitted to their objects/recipients and specifically intended to intimidate the ultimate objects of the threats. In other words, each failed to consider the disjunctive nature of the fault element required for the offence. It would have been sufficient had the accused intended that the threats be taken seriously by those to whom the words were spoken.

The Crown has met its burden to demonstrate that the trial judge's legal error with regard to the fault element might reasonably be thought, in the circumstances of this case to have had a material bearing on the acquittal. Indeed, had the trial judge not erred as to that

L'*actus reus* de l'infraction d'avoir proféré des menaces sera prouvé si une personne raisonnable tout à fait consciente des circonstances dans lesquelles les mots ont été proférés ou transmis les avait perçus comme une menace de mort ou de lésions corporelles. Le ministère public n'a pas besoin de prouver que le destinataire de la menace en a été informé ou, s'il en a été informé, qu'il a été intimidé par elle ou qu'il l'a prise au sérieux. De plus, il n'est pas nécessaire que les mots s'adressent à une personne en particulier; il suffit que la menace soit dirigée contre un groupe déterminé de personnes.

La *mens rea* de l'infraction est établie si l'accusé entendait que les mots proférés ou transmis intimident ou soient pris au sérieux. Il n'est pas nécessaire de prouver l'intention que les mots soient transmis à la personne visée par la menace ou que l'accusé entendait mettre la menace à exécution. Une norme subjective de faute s'applique. Toutefois, pour déterminer ce que l'accusé avait en tête, le tribunal devra souvent tirer des conclusions raisonnables des mots et des circonstances, y compris la façon dont les mots ont été perçus par ceux qui les ont entendus.

En l'espèce, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont commis une erreur de droit en concluant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été établis. Pour ce qui est de l'*actus reus* de l'infraction, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les mots proférés par l'accusé n'équivalaient pas à des menaces parce qu'ils n'avaient pas été transmis à leurs destinataires et qu'ils n'avaient pas effrayé ni intimidé qui que ce soit. Il n'est pas nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises à leurs destinataires ou que quelqu'un a effectivement été intimidé ou effrayé par elles pour établir l'acte prohibé de l'infraction. En ce qui concerne la *mens rea* de l'infraction, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont eu tort de conclure que, pour établir l'élément de faute, il fallait prouver que l'accusé entendait que les paroles soient transmises aux personnes visées/destinataires et qu'il avait l'intention expresse d'intimider ceux qui étaient en définitive l'objet des menaces. Autrement dit, ils n'ont pas pris en considération le caractère disjonctif de l'élément de faute de l'infraction. Il aurait été suffisant que l'accusé veuille que les menaces soient prises au sérieux par ceux à qui les paroles étaient adressées.

Le ministère public s'est acquitté de son fardeau de démontrer qu'il serait raisonnable de penser, dans les circonstances de l'espèce, que l'erreur commise par le juge du procès, à l'égard de l'élément de faute, a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement.

element of the offence, he would have had to consider whether the accused intended his threatening words to be taken seriously and the evidence of two witnesses provided some basis to conclude that he did. Accordingly, the acquittals should be set aside. However, this is not the clearest of cases where this Court's power to enter a conviction should be exercised. A new trial is therefore required to determine whether the charges against the accused will be proved beyond a reasonable doubt.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Comeau*, 2010 QCCQ 20939 (CanLII); *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758; *R. v. O'Brien*, 2013 SCC 2, [2013] 1 S.C.R. 7, aff'g 2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144; *R. v. MacDonald* (2002), 166 O.A.C. 121; *R. v. Felteau*, 2010 ONCA 821 (CanLII); *R. v. LeBlanc*, [1989] 1 S.C.R. 1583, rev'g (1988), 90 N.B.R. (2d) 63; *R. v. Rémy* (1993), 82 C.C.C. (3d) 176, leave to appeal refused, [1993] 4 S.C.R. vii; *R. v. Upson*, 2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87; *R. v. Batista*, 2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376; *R. v. Neve* (1993), 145 A.R. 311; *R. v. Hiscox*, 2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315; *R. v. Noble*, 2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6, aff'd 2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144; *R. v. Heaney*, 2013 BCCA 177 (CanLII); *R. v. Rudnicki*, [2004] R.J.Q. 2954; *R. v. Beyo* (2000), 47 O.R. (3d) 712; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Katigbak*, 2011 SCC 48, [2011] 3 S.C.R. 326; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 264.1(1)(a), 686(4).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette and Giroux JJ.A. and Viens J. (*ad hoc*)), 2012 QCCA 236, [2012] J.Q. n° 757 (QL), 2012 CarswellQue 835, SOQUIJ AZ-50828082, upholding the accused's acquittals. Appeal allowed.

Sébastien Bergeron-Guyard and *Thomas Jacques*, for the appellant.

Stéphanie Carrier, for the respondent.

En fait, si le juge du procès ne s'était pas trompé quant à cet élément de l'infraction, il aurait eu à se demander si l'accusé entendait que ses paroles menaçantes soient prises au sérieux; or, les témoignages de deux témoins donnaient des raisons de conclure que c'était le cas. Les acquittements doivent donc être annulés. Cependant, il ne s'agit pas d'une situation des plus claires où la Cour doit exercer son pouvoir de consigner un verdict de culpabilité. Un nouveau procès s'impose donc pour déterminer si les accusations portées contre l'accusé seront prouvées hors de tout doute raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Comeau*, 2010 QCCQ 20939 (CanLII); *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758; *R. c. O'Brien*, 2013 CSC 2, [2013] 1 R.C.S. 7, conf. 2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144; *R. c. MacDonald* (2002), 166 O.A.C. 121; *R. c. Felteau*, 2010 ONCA 821 (CanLII); *R. c. LeBlanc*, [1989] 1 R.C.S. 1583, inf. (1988), 90 R.N.-B. (2^e) 63; *R. c. Rémy*, [1993] R.J.Q. 1383, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 4 R.C.S. vii; *R. c. Upson*, 2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87; *R. c. Batista*, 2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376; *R. c. Neve* (1993), 145 A.R. 311; *R. c. Hiscox*, 2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315; *R. c. Noble*, 2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6, conf. par 2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144; *R. c. Heaney*, 2013 BCCA 177 (CanLII); *R. c. Rudnicki*, [2004] R.J.Q. 2954; *R. c. Beyo* (2000), 47 O.R. (3d) 712; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Katigbak*, 2011 CSC 48, [2011] 3 R.C.S. 326; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)(a), 686(4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette et Giroux et le juge Viens (*ad hoc*)), 2012 QCCA 236, [2012] J.Q. n° 757 (QL), 2012 CarswellQue 835, SOQUIJ AZ-50828082, qui a confirmé les acquittements de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Sébastien Bergeron-Guyard et *Thomas Jacques*, pour l'appelante.

Stéphanie Carrier, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CROMWELL AND KARAKATSANIS JJ. —

LES JUGES CROMWELL ET KARAKATSANIS —

I. Introduction

I. Introduction

[1] This appeal provides an opportunity to consolidate and clarify the elements of the offence of uttering threats. In particular, it raises two issues:

[1] Le présent pourvoi nous donne l'occasion de consolider et de clarifier les éléments de l'infraction consistant à proférer des menaces. Il soulève plus particulièrement deux questions :

- (1) In order for the offence to be made out, is it necessary to prove that the threats were conveyed to their subjects and/or that the accused intended that they be so conveyed?
- (2) If the trial judge erred in this respect, has the Crown discharged its burden to have the acquittals entered at trial set aside?

- (1) Pour établir l'infraction, est-il nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises aux personnes visées et/ou que l'accusé entendait qu'elles soient ainsi transmises?
- (2) Si le juge du procès a commis une erreur à cet égard, le ministère public s'est-il acquitté de son fardeau pour faire annuler les acquittements prononcés au procès?

[2] We conclude that the offence does not require proof that the accused's threats were conveyed to their subject or that someone was actually intimidated by them. Further, the Crown need not establish that the accused intended that the threats be conveyed to their subject or to intimidate anyone. In our view, and with respect to the contrary opinion of the Court of Appeal, the trial judge made legal errors in his analysis of the offence and the Crown has met its burden of showing that these errors might reasonably be thought to have had a material bearing on his decision to acquit. We would, therefore, allow the appeal and order a new trial.

[2] Nous concluons que, pour établir l'infraction, il n'est pas nécessaire de prouver que les menaces de l'accusé ont été transmises à la personne visée ou que quelqu'un a effectivement été intimidé par elles. En outre, le ministère public n'est pas tenu d'établir que l'accusé entendait que les menaces soient transmises à la personne visée ou qu'elles intimident qui que ce soit. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel, nous estimons que le juge du procès a commis des erreurs de droit dans son analyse de l'infraction et que le ministère public s'est acquitté de son fardeau de démontrer qu'il serait raisonnable de penser que ces erreurs ont eu une incidence significative sur la décision de prononcer un acquittement. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Facts and Proceedings

II. Faits et historique judiciaire

A. *Overview of the Facts*

A. *Aperçu des faits*

[3] In June of 2009, the respondent Stéphane McRae was detained awaiting trial on several charges relating to trafficking in narcotics. For a time, Louis-Joseph Comeau, Édouard Collin,

[3] En juin 2009, l'intimé Stéphane McRae était détenu en attendant son procès relativement à plusieurs accusations liées au trafic de stupéfiants. Pendant un certain temps, Louis-Joseph Comeau,

and Patrick Cloutier were also detained at the same detention centre. The respondent introduced Mr. Comeau to Mr. Cloutier as his [TRANSLATION] “contract killer”. At times, Mr. Cloutier passed on messages from Mr. Comeau to the respondent.

[4] Based on the statements of Édouard Collin and Patrick Cloutier, various charges of uttering threats were laid against the respondent and Mr. Comeau. Mr. Comeau was convicted of uttering threats in a separate trial (*R. v. Comeau*, 2010 QCCQ 20939 (CanLII)). At issue on this appeal are five counts of knowingly conveying to Patrick Cloutier and Édouard Collin, at various times between June 1, 2009, and September 5, 2009, threats to cause death or bodily harm, contrary to s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to: the Crown prosecutor; an officer-investigator; and four witnesses involved in the case being brought against the respondent and Mr. Comeau for trafficking narcotics.

[5] At trial, it was established, among other things, that the respondent had: (1) told Mr. Collin that he would take down the guys at the top to rearrange the face of the Crown prosecutor and one of the witnesses because he thought that he was the one who snitched on him; (2) informed Mr. Cloutier that he had hired a private detective to find the Crown prosecutor’s address; (3) asked Mr. Cloutier to do what was necessary to find the address of the officer-investigator; and (4) told Mr. Cloutier that once his trial was over he would kill the witnesses who had informed against him (2010 QCCQ 9043 (CanLII), at para. 6).

B. *Court of Québec, 2010 QCCQ 9043 (Decoste J.)*

[6] The respondent did not testify at trial (appeal decision, 2012 QCCA 236 (CanLII), at para. 18). The trial judge found that Messrs. Cloutier and Collin were credible witnesses (para. 12), but held that the fault element (the *mens rea*) of the offences had not been established because the words were not conveyed by the respondent with the intent that they would be transmitted to the subjects of

Édouard Collin et Patrick Cloutier étaient eux aussi incarcérés, au même centre de détention. L’intimé a présenté M. Comeau à M. Cloutier comme son « tueur à gages ». Parfois, M. Cloutier passait à l’intimé des messages de M. Comeau.

[4] Sur le fondement de déclarations de MM. Collin et Cloutier, diverses accusations d’avoir proféré des menaces ont été portées contre l’intimé et M. Comeau. Dans un procès distinct, M. Comeau a été déclaré coupable d’avoir proféré des menaces (*R. c. Comeau*, 2010 QCCQ 20939 (CanLII)). Le présent pourvoi soulève la question des cinq chefs d’avoir sciemment transmis à Patrick Cloutier et à Édouard Collin, à diverses occasions entre le 1^{er} juin 2009 et le 5 septembre 2009, des menaces de causer la mort ou des lésions corporelles — infraction décrite à l’al. 264.1(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 — à la procureure de la Couronne, à un policier-enquêteur et à quatre témoins impliqués dans l’affaire instruite contre l’intimé et M. Comeau relativement au trafic de stupéfiants.

[5] Au procès, il a notamment été établi que l’intimé avait (1) dit à M. Collin qu’il allait faire descendre des gars d’en haut pour arranger la face à la procureure de la Couronne et à un des témoins parce qu’il était d’avis que ce dernier l’avait dénoncé, (2) informé M. Cloutier qu’il avait retenu les services d’un détective privé pour trouver l’adresse de la procureure de la Couronne, (3) demandé à M. Cloutier de faire le nécessaire pour trouver l’adresse du policier-enquêteur, et (4) dit à M. Cloutier qu’une fois son procès terminé, il allait tuer les témoins qui l’avaient dénoncé (2010 QCCQ 9043 (CanLII), par. 6).

B. *Cour du Québec, 2010 QCCQ 9043 (le juge Decoste)*

[6] L’intimé n’a pas témoigné au procès (décision de la Cour d’appel, 2012 QCCA 236 (CanLII), par. 18). Le juge du procès a conclu que MM. Cloutier et Collin étaient des témoins crédibles (par. 12), mais que l’élément de faute (la *mens rea*) des infractions n’avait pas été établi parce que l’intimé ne s’était pas exprimé dans l’intention que ses paroles soient transmises aux personnes visées

the threats in an attempt to influence their actions (paras. 14-15). He found that the respondent rather intended to seek revenge once the trial was done, and that he had uttered the words out of anger and frustration (paras. 14 and 16).

C. *Court of Appeal, 2012 QCCA 236 (Rochette and Giroux J.J.A. and Viens J. (ad hoc))*

[7] The Court of Appeal confirmed the trial judge's decision with regard to the fault element (paras. 16-18), and added that the prohibited act (the *actus reus*) had not been established because the words were uttered in a "closed circle" — i.e. with an expectation of confidentiality — and thus they could not instill fear in the subjects of the threats (paras. 8-9). The court confirmed the trial judge's finding that the respondent acted out of frustration and with an intention to seek revenge rather than an intention to intimidate (para. 16).

III. Analysis

A. *The Applicable Law*

[8] The respondent is charged with the offence of uttering threats, provided for in s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*:

264.1 (1) Every one commits an offence who, in any manner, knowingly utters, conveys or causes any person to receive a threat

(a) to cause death or bodily harm to any person;

[9] This Court has previously considered this offence in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758, and more recently in *R. v. O'Brien*, 2013 SCC 2, [2013] 1 S.C.R. 7. The elements of the offence include: (1) the utterance or conveyance of a threat to cause death or bodily harm; and (2) an intent to threaten. We review here the law relating to each element.

par les menaces pour tenter d'influencer leurs actions (par. 14-15). À son avis, l'intimé voulait plutôt se venger une fois le procès terminé et avait tenu les propos en cause sous le coup de la colère et de la frustration (par. 14 et 16).

C. *Cour d'appel, 2012 QCCA 236 (les juges Rochette et Giroux et le juge Viens (ad hoc))*

[7] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès relativement à l'élément de faute (par. 16-18) et ajouté que l'acte prohibé (*l'actus reus*) n'avait pas été établi parce que les paroles avaient été proférées dans un « cercle fermé » — c'est-à-dire avec une expectative de confidentialité — et ne pouvaient donc pas susciter de crainte chez les personnes visées par les menaces (par. 8-9). La Cour d'appel a également confirmé la conclusion du juge du procès selon laquelle l'intimé avait agi sous le coup de la frustration et qu'il avait l'intention de se venger, plutôt que d'intimider (par. 16).

III. Analyse

A. *Droit applicable*

[8] L'intimé est accusé de l'infraction d'avoir proféré des menaces prévue à l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel* :

264.1 (1) Commet une infraction quiconque sciemment profère, transmet ou fait recevoir par une personne, de quelque façon, une menace :

a) de causer la mort ou des lésions corporelles à quelqu'un;

[9] La Cour a déjà examiné cette infraction dans *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, et plus récemment dans *R. c. O'Brien*, 2013 CSC 2, [2013] 1 R.C.S. 7. Les éléments de l'infraction comprennent : (1) le fait de proférer ou de transmettre une menace de causer la mort ou des lésions corporelles, et (2) l'intention de menacer. Nous allons examiner ci-après le droit relatif à chacun de ces éléments.

(1) The Prohibited Act (*Actus Reus*)

[10] The prohibited act of the offence is “the uttering of threats of death or serious bodily harm” (*Clemente*, at p. 763). The threats can be uttered, conveyed, or in any way caused to be received by any person. The question of whether words constitute a threat is a question of law to be decided on an objective standard. Justice Cory put it this way in *McCraw*:

The structure and wording of s. 264.1(1)(a) indicate that the nature of the threat must be looked at objectively; that is, as it would be by the ordinary reasonable person. . . .

The question to be resolved may be put in the following way. Looked at objectively, in the context of all the words written or spoken and having regard to the person to whom they were directed, would the questioned words convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person? [pp. 82-83]

[11] The starting point of the analysis should always be the plain and ordinary meaning of the words uttered. Where the words clearly constitute a threat and there is no reason to believe that they had a secondary or less obvious meaning, the analysis is complete. However, in some cases, the context reveals that words that would on their face appear threatening may not constitute threats within the meaning of s. 264.1(1)(a) (see, e.g., *O’Brien*, at paras. 10-12). In other cases, contextual factors might have the effect of elevating to the level of threats words that would, on their face, appear relatively innocent (see, e.g., *R. v. MacDonald* (2002), 166 O.A.C. 121, where the words uttered were “You’re next”).

[12] For example, in *R. v. Felteau*, 2010 ONCA 821 (CanLII), the accused had told a mental health care worker that he was going to follow Ms. G, his former probation officer, and “assault” her (paras. 1-2). The trial judge found that the words did not constitute a threat because the threat must be of death or bodily harm and the accused’s reference to “assault”

(1) L’acte prohibé (*actus reus*)

[10] L’acte prohibé de l’infraction est « le fait de proférer des menaces de mort ou de blessures graves » (*Clemente*, p. 763). Les menaces peuvent être proférées, transmises ou reçues de quelque façon que ce soit par qui que ce soit. La question de savoir si des mots constituent une menace est une question de droit qui doit être tranchée suivant une norme objective. Le juge Cory l’a exprimée en ces termes dans *McCraw* :

La structure et le libellé de l’al. 264.1(1)a indiquent que la nature de la menace doit être examinée de façon objective; c’est-à-dire, comme le ferait une personne raisonnable ordinaire. . . .

La question à trancher peut être énoncée de la manière suivante. Considérés de façon objective, dans le contexte de tous les mots écrits ou énoncés et compte tenu de la personne à qui ils s’adressent, les termes visés constituent-ils une menace de blessures graves pour une personne raisonnable? [p. 82-83]

[11] Le point de départ de l’analyse doit toujours être le sens ordinaire des mots proférés. Lorsqu’ils constituent manifestement une menace et qu’il n’y a aucune raison de croire qu’ils avaient un sens secondaire ou moins évident, il n’est pas nécessaire de pousser plus loin l’analyse. Toutefois, dans certains cas, le contexte révèle que des mots qui seraient à première vue menaçants ne constituent peut-être pas des menaces au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 264.1(1)a (voir, p. ex., *O’Brien*, par. 10-12). Dans d’autres cas, des facteurs contextuels peuvent avoir pour effet d’élever au rang de menaces des mots qui seraient, à première vue, relativement anodins (voir, p. ex., *R. c. MacDonald* (2002), 166 O.A.C. 121, où les paroles proférées étaient [TRADUCTION] « t’es la prochaine »).

[12] Par exemple, dans *R. c. Felteau*, 2010 ONCA 821 (CanLII), l’accusé avait dit à une intervenante en santé mentale qu’il allait suivre M^{me} G, son ancienne agente de probation, et qu’il allait [TRADUCTION] « l’agresser » (par. 1-2). Selon le juge du procès, les propos ne constituaient pas une menace parce que la menace devait être de

did not necessarily include bodily harm (para. 3). The Court of Appeal for Ontario found that the trial judge had erred in looking at the word “assault” in isolation from the circumstances (para. 7). The court held that the factors relevant to the determination of the meaning of the words included the facts that: the accused was fixated upon Ms. G and had very recently been convicted of harassing her; he was angry with Ms. G when he uttered the words; he blamed her for his arrest and detention; and he was mentally unstable, had been consuming cocaine and had a known history of serious violence directed at women (para. 8). The Court of Appeal concluded that the accused’s words, viewed in these circumstances, would convey a threat of bodily harm to a reasonable person (para. 9).

[13] Thus, the legal question of whether the accused uttered a threat of death or bodily harm turns solely on the meaning that a reasonable person would attach to the words viewed in the circumstances in which they were uttered or conveyed. The Crown need not prove that the intended recipient of the threat was made aware of it, or if aware of it, that he or she was intimidated by it or took it seriously (*Clemente*, at p. 763; *O’Brien*, at para. 13; *R. v. LeBlanc*, [1989] 1 S.C.R. 1583 (confirming the trial judge’s instruction that it was not necessary that “the person threatened be ever aware that the threat was made”: (1988), 90 N.B.R. (2d) 63 (C.A.), at para. 13)). Further, the words do not have to be directed towards a specific person; a threat against an ascertained group of people is sufficient (*R. v. Rémy* (1993), 82 C.C.C. (3d) 176 (Que. C.A.), at p. 185, leave to appeal refused, [1993] 4 S.C.R. vii (threat against “police officers” generally); *R. v. Upson*, 2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87, at para. 31 (threat against “members of the black race” generally)).

[14] The reasonable person standard must be applied in light of the particular circumstances of a

causer la mort ou des lésions corporelles et que l’« agression » dont parlait l’accusé ne comprenait pas nécessairement de lésions corporelles (par. 3). La Cour d’appel de l’Ontario a pour sa part estimé que le juge du procès avait eu tort de considérer le mot « agresser » isolément, sans égard aux circonstances (par. 7). À son avis, parmi les facteurs pertinents qui permettaient de déterminer le sens des mots, il y avait les faits suivants : l’accusé faisait une fixation sur M^{me} G et il avait très récemment été déclaré coupable de l’avoir harcelée; il était en colère contre M^{me} G lorsqu’il avait proféré les paroles; il lui reprochait d’être la cause de son arrestation et de sa détention; et il était mentalement instable, avait consommé de la cocaïne et avait des antécédents connus de violence grave dirigée contre les femmes (par. 8). Elle a donc conclu que les paroles de l’accusé, compte tenu de ces circonstances, transmettraient une menace de lésions corporelles à une personne raisonnable (par. 9).

[13] Par conséquent, la question de droit consistant à savoir si l’accusé a proféré une menace de mort ou de lésions corporelles tient uniquement au sens qu’une personne raisonnable donnerait aux mots, eu égard aux circonstances dans lesquelles ils ont été proférés ou transmis. Le ministère public n’a pas besoin de prouver que le destinataire de la menace en a été informé ou, s’il en a été informé, qu’il a été intimidé par elle ou qu’il l’a prise au sérieux (*Clemente*, p. 763; *O’Brien*, par. 13; *R. c. LeBlanc*, [1989] 1 R.C.S. 1583 (confirmant la directive du juge du procès selon laquelle il n’était même pas nécessaire que « la personne menacée soit consciente que la menace a[va]it été proférée » : (1988), 90 R.N.-B. (2^e) 63 (C.A.), par. 13)). De plus, il n’est pas nécessaire que les mots s’adressent à une personne en particulier; il suffit que la menace soit dirigée contre un groupe déterminé de personnes (*R. c. Rémy*, [1993] R.J.Q. 1383 (C.A. Qué.), p. 1389-1390, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 4 R.C.S. vii (menace contre les « policiers » en général); *R. c. Upson*, 2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87, par. 31 (menace contre les « membres de la race noire » en général)).

[14] Le critère de la personne raisonnable doit être appliqué à la lumière des circonstances particulières

case. As the Court of Appeal for Ontario explained in *R. v. Batista*, 2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376:

An ordinary reasonable person considering an alleged threat objectively would be one informed of all the circumstances relevant to his or her determination. The characteristics of a reasonable person were considered by the Supreme Court of Canada in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484 (S.C.C.), in the context of the test for bias. In that case, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ., at para. 36, described such a person as a:

reasonable, informed, practical and realistic person who considers the matter in some detail. . . . The person postulated is not a “very sensitive or scrupulous” person, but rather a right-minded person familiar with the circumstances of the case.

Similarly, in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265 (S.C.C.), at p. 282, in the context of the test for bringing the administration of justice into disrepute, Lamer J. for the majority describes a reasonable person as “dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case”: see also *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206 (S.C.C.), at para. 71.

It follows that a reasonable person considering whether the impugned words amount to a threat at law is one who is objective, fully-informed, right-minded, dispassionate, practical and realistic. [Emphasis added; paras. 23-24.]

[15] Thus, while testimony from persons who heard or were the object of the threat may be considered in applying this objective test, the question in relation to the prohibited act is not whether people in fact felt threatened. As the Court of Appeal for Ontario put it in *Batista*, witness opinions are relevant to the application of the reasonable person standard; however, they are not determinative, given that they amount to personal opinions and “d[o] not necessarily satisfy the requirements of the legal test” (para. 26).

[16] To conclude on this point, the prohibited act of the offence of uttering threats will be made out

de l'espèce. Comme l'a expliqué la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Batista*, 2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376 :

[TRADUCTION] La personne raisonnable ordinaire qui examine objectivement une menace reprochée serait renseignée sur toutes les circonstances pertinentes. La Cour suprême du Canada a examiné les caractéristiques de la personne raisonnable dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 (C.S.C.), dans le contexte du critère de la partialité. Dans cette affaire, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, par. 36, ont décrit cette personne comme ceci :

une personne raisonnable, bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique [. . .] Cette personne n'est pas « de nature scrupuleuse ou tatillonne », c'est plutôt une personne sensée qui connaît les circonstances de la cause.

Pareillement, dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 (C.S.C.), p. 282, dans le contexte du critère de la déconsidération de l'administration de la justice, le juge Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a décrit la personne raisonnable comme quelqu'un d'« objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire » : voir aussi *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206 (C.S.C.), par. 71.

Il s'ensuit que la personne raisonnable qui étudie la question de savoir si les mots en cause équivalent à une menace en droit est une personne objective, bien renseignée, sensée, pratique et réaliste. [Je souligne; par. 23-24.]

[15] Par conséquent, pour l'application de ce critère objectif, bien que l'on puisse examiner le témoignage de personnes qui ont entendu la menace ou qui en ont été l'objet, la question relative à l'acte prohibé n'est pas de savoir si des personnes se sont effectivement senties menacées. Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario dans *Batista*, les opinions de témoins sont pertinentes pour l'application du critère de la personne raisonnable; toutefois, elles ne sont pas décisives, vu qu'elles équivalent à des opinions personnelles et [TRADUCTION] « ne satisf[ont] pas nécessairement aux exigences du critère juridique » (par. 26).

[16] Pour conclure sur ce point, l'acte prohibé de l'infraction d'avoir proféré des menaces sera prouvé

if a reasonable person fully aware of the circumstances in which the words were uttered or conveyed would have perceived them to be a threat of death or bodily harm.

(2) The Fault Element (*Mens Rea*)

[17] The fault element is made out if it is shown that threatening words uttered or conveyed “were meant to intimidate or to be taken seriously” (*Clemente*, at p. 763).

[18] It is not necessary to prove that the threat was uttered with the intent that it be conveyed to its intended recipient (*Clemente*, at p. 763) or that the accused intended to carry out the threat (*McCraw*, at p. 82). Further, the fault element is disjunctive: it can be established by showing either that the accused intended to intimidate *or* intended that the threats be taken seriously (see, e.g., *Clemente*, at p. 763; *O’Brien*, at para. 7; *R. v. Neve* (1993), 145 A.R. 311 (C.A.); *R. v. Hiscox*, 2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315, at paras. 18 and 20; *R. v. Noble*, 2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6, at paras. 28 and 32-35, aff’d 2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144, at paras. 16-17; *R. v. Heaney*, 2013 BCCA 177 (CanLII), at para. 40; *R. v. Rudnicki*, [2004] R.J.Q. 2954 (C.A.), at para. 41; *R. v. Beyo* (2000), 47 O.R. (3d) 712 (C.A.), at para. 46).

[19] The fault element here is subjective; what matters is what the accused actually intended. However, as is generally the case, the decision about what the accused actually intended may depend on inferences drawn from all of the circumstances (see, e.g., *McCraw*, at p. 82). Drawing these inferences is not a departure from the subjective standard of fault. In *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, Justice Cory cites the following words from Professor Stuart which explain this point:

In trying to ascertain what was going on in the accused’s mind, as the subjective approach demands, the trier of fact may draw reasonable inferences from the accused’s actions or words at the time of his act or in the witness box. The accused may or may not be believed. To conclude that, considering all the evidence, the Crown

si une personne raisonnable tout à fait consciente des circonstances dans lesquelles les mots ont été proférés ou transmis les avait perçus comme une menace de mort ou de lésions corporelles.

(2) L’élément de faute (*mens rea*)

[17] L’élément de faute est prouvé s’il est démontré que les mots menaçants proférés ou transmis « visa[ie]nt à intimider ou à être pris au sérieux » (*Clemente*, p. 763).

[18] Il n’est pas nécessaire de prouver que la menace a été proférée avec l’intention qu’elle soit transmise à son destinataire (*Clemente*, p. 763) ou que l’accusé entendait mettre la menace à exécution (*McCraw*, p. 82). De plus, l’élément de faute est disjonctif : on peut l’établir en démontrant que l’accusé avait l’intention d’intimider *ou* qu’il entendait que les menaces soient prises au sérieux (voir, p. ex., *Clemente*, p. 763; *O’Brien*, par. 7; *R. c. Neve* (1993), 145 A.R. 311 (C.A.); *R. c. Hiscox*, 2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315, par. 18 et 20; *R. c. Noble*, 2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6, par. 28 et 32-35, conf. par 2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144, par. 16-17; *R. c. Heaney*, 2013 BCCA 177 (CanLII), par. 40; *R. c. Rudnicki*, [2004] R.J.Q. 2954 (C.A.), par. 41; *R. c. Beyo* (2000), 47 O.R. (3d) 712 (C.A.), par. 46).

[19] L’élément de faute revêt ici un caractère subjectif; ce qui importe, c’est ce que l’accusé entendait effectivement faire. Toutefois, comme c’est généralement le cas, la décision quant à l’intention véritable de l’accusé peut dépendre de conclusions tirées de toutes les circonstances (voir, p. ex., *McCraw*, p. 82). Le fait de tirer ces conclusions ne revient pas à s’écarter de la norme subjective de faute. Dans *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, le juge Cory cite les propos suivants du professeur Stuart qui explique ce point :

[TRADUCTION] Il est loisible au juge des faits qui cherche à déterminer ce qui se passait dans l’esprit de l’accusé, ainsi que le commande la méthode subjective, de tirer des conclusions raisonnables des gestes ou des paroles de l’accusé soit au moment de l’acte qui lui est reproché soit à la barre des témoins. On peut croire l’accusé ou

has proved beyond a reasonable doubt that the accused “must” have thought in the penalized way is no departure from the subjective substantive standard. Resort to an objective substantive standard would only occur if the reasoning became that the accused “must have realized it if he had thought about it”. [Emphasis added: p. 883.]

[20] *O’Brien* is an example. The person targeted by the threat — the accused’s ex-girlfriend — had testified that she had not been frightened by the accused’s words. The trial judge strongly relied on this evidence to conclude that, despite the fact that the words on their own appeared threatening, she was left with a reasonable doubt as to whether the accused had the necessary intent to threaten (2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144, at para. 34). The perception of the alleged victim was not directly in issue, but was relevant evidence of the accused’s intent.

[21] Similarly, in *Noble*, the court had to determine if the accused intended to be taken seriously when he uttered the words “I guess we know whose house is going to burn down”, immediately followed by “just kidding” and laughter (trial decision, at para. 1). The accused had uttered the words to a sheriff’s officer as he was returning to prison from court after having been sentenced for threatening to kill the Crown attorney who had successfully prosecuted him for robbery. The trial judge found that in spite of the remark’s off-the-cuff nature and the absence of any indication that the accused was angry or upset when he uttered the words, when viewed in the larger context, the accused was aware that his words, which were very specific, would be taken seriously as a threat against that same Crown attorney (paras. 33-35). After the first time the accused had threatened the Crown attorney, she had been the victim of an attempted home invasion. Although it was not alleged that the accused was involved, he told the media that the Crown attorney had gotten what she deserved. After she was made aware of the accused’s reference to a house burning, the Crown attorney took the comment seriously and was very frightened by it. As a result, she and her partner sold their house (trial

ne pas le croire. Conclure, sur la foi de la totalité de la preuve, que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’accusé a « dû » avoir l’état d’esprit entraînant la sanction ce n’est pas s’écarter de la norme fondamentale subjective. Le recours à une norme fondamentale objective n’a lieu que si on se dit que l’accusé « aurait dû s’en rendre compte s’il y avait réfléchi ». [Je souligne; p. 883.]

[20] L’arrêt *O’Brien* illustre ce qui précède. La personne visée par la menace — l’ex-petite amie de l’accusé — avait affirmé dans son témoignage que les paroles de l’accusé ne l’avaient pas effrayée. La juge du procès s’est fortement appuyée sur ce témoignage pour conclure que, même si les paroles elles-mêmes paraissaient menaçantes, il subsistait un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé avait l’intention nécessaire de menacer (2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144, par. 34). La perception de la victime n’était pas directement en cause, mais constituait une preuve pertinente quant à l’intention de l’accusé.

[21] Pareillement, dans *Noble*, le tribunal devait déterminer si les mots [TRADUCTION] « on sait bien qui va passer au feu, pas vrai? », suivis immédiatement des mots « je blague » et de rires (décision de première instance, par. 1), visaient à être pris au sérieux. L’accusé avait tenu ces propos devant un officier du shérif à son retour en prison après avoir quitté le palais de justice où il venait d’être condamné à une peine pour avoir menacé de tuer la procureure de la Couronne qui avait réussi à le faire déclarer coupable de vol qualifié. Selon la juge du procès, malgré le caractère spontané des propos et l’absence de toute indication selon laquelle l’accusé était en colère ou perturbé lorsqu’il avait proféré les paroles, si on considérait ces dernières dans le contexte plus large, il appert que l’accusé savait que ces paroles, qui étaient très explicites, allaient être prises au sérieux en tant que menace contre cette même procureure de la Couronne (par. 33-35). Après avoir été menacée une première fois par l’accusé, la procureure de la Couronne avait été victime d’une tentative de violation de domicile. Même si personne n’avait mis en cause l’accusé, ce dernier avait dit aux médias que la procureure de la Couronne avait eu ce qu’elle méritait. Après avoir été informée des propos de l’accusé relativement à

decision, at paras. 2-19). In addition to the Crown attorney's reaction to the threats, the fact that the accused knew that criminal sanctions flowed from threatening language, as a result of having just been sentenced to two years' imprisonment for uttering threats, was also an important factor with regard to the fault element in this case (para. 34). The trial judge concluded that the words might "have been blurted out on the spur of the moment, or driven by bravado, but given all the circumstances . . . the evidence demonstrate[d] that the accused was aware that it would be taken seriously" (para. 35).

[22] The Court of Appeal for Manitoba confirmed the factual findings of the trial judge, specifically the contextual analysis she undertook with regard to the fault element (*Noble*, at para. 17).

[23] To sum up, the fault element of the offence is made out if the accused intended the words uttered or conveyed to intimidate *or* to be taken seriously. It is not necessary to prove an intent that the words be conveyed to the subject of the threat. A subjective standard of fault applies. However, in order to determine what was in the accused's mind, a court will often have to draw reasonable inferences from the words and the circumstances, including how the words were perceived by those hearing them.

B. *First Issue: Is the Confidential Nature of a Threat Relevant to the Analysis?*

[24] In our view, both the trial judge and the Court of Appeal erred in law in finding that the elements of the offence had not been made out because the threats were conveyed in a so-called "closed circle". Even if it is true that the respondent could have expected his words to remain confidential, a conclusion we would not necessarily be ready to confirm, this does not preclude a finding that both the prohibited act and the fault element of the

une maison qui allait passer au feu, la procureure de la Couronne a pris la menace au sérieux et en a été très effrayée. En conséquence, son conjoint et elle ont vendu leur maison (décision de première instance, par. 2-19). En plus de la réaction de la procureure de la Couronne aux menaces, le fait que l'accusé savait que les propos menaçants emportaient des sanctions pénales, vu qu'il venait d'être condamné à deux ans d'emprisonnement pour avoir proféré des menaces, était un autre facteur important quant à l'élément de faute dans cette affaire (par. 34). La juge du procès a conclu que les paroles pouvaient [TRADUCTION] « avoir été prononcées spontanément de façon irréfléchie, ou par bravade, mais [que], compte tenu de toutes les circonstances, [. . .] il ressort[ait] de la preuve que l'accusé savait qu'elles allaient être prises au sérieux » (par. 35).

[22] La Cour d'appel du Manitoba a confirmé les conclusions de fait de la juge du procès, particulièrement l'analyse contextuelle effectuée à l'égard de l'élément de faute (*Noble*, par. 17).

[23] En somme, l'élément de faute de l'infraction est établi si l'accusé entendait que les mots proférés ou transmis intimident *ou* soient pris au sérieux. Il n'est pas nécessaire de prouver l'intention que les mots soient transmis à la personne visée par la menace. Une norme subjective de faute s'applique. Toutefois, pour déterminer ce que l'accusé avait en tête, le tribunal devra souvent tirer des conclusions raisonnables des mots et des circonstances, y compris de la façon dont les mots ont été perçus par ceux qui les ont entendus.

B. *Première question : Le caractère confidentiel de la menace est-il pertinent pour l'analyse?*

[24] À notre avis, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont commis une erreur de droit en concluant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été établis parce que les menaces avaient été transmises dans un présumé « cercle fermé ». Même s'il est vrai que l'accusé pouvait s'attendre à ce que ses paroles demeurent confidentielles, une conclusion que nous ne serions pas nécessairement disposés à confirmer, cela n'empêche nullement de conclure

offence had been made out. This is so because, as explained above, it is not necessary to prove that the threats were conveyed to their intended recipients (prohibited act) or that the accused intended the threats to be so conveyed (fault element). Further, it is not necessary to prove that anyone was actually intimidated by the threats (prohibited act) or that the accused specifically intended to intimidate anyone (fault element). The concept of the “closed circle” is therefore legally wrong. Threats are tools of intimidation and violence. As such, in any circumstance where threats are spoken with the intent that they be taken seriously, even to third parties, the elements of the offence will be made out. As we explain below, the trial judge erred in both respects with regard to the fault element, and the Court of Appeal erred in both respects with regard to the prohibited act and the fault element.

(1) The Prohibited Act

[25] The trial judge did not specifically address the prohibited act of the offence. For its part, the Court of Appeal found that the “words used by the respondent, considered objectively, may raise serious concerns that acts likely to cause death or bodily harm will occur at the respondent’s behest” and that this was “in fact what the respondent’s fellow inmates understood him to mean” (para. 8). However, the court found that “when these words and comments are put in context”, they did not constitute a threat (para. 8). The court described that context as follows:

The comments transmitted or conveyed by the respondent to three fellow inmates cannot be likened to a “tool of intimidation which is designed to instill a sense of fear in its recipient”; rather, it is on par with a threatening letter that is never sent in the mail. These conversations took place in a closed circle. The mere expression of a thought is not enough to attribute a criminal act. As the trial judge rightly pointed out, there is no “recipient” here. The comments made are [TRANSLATION] “an expression of a criminal’s frustration and outrage at feeling caught by the judicial system”. The element of fear instilled in a victim is therefore absent. [para. 9]

que l’acte prohibé de même que l’élément de faute de l’infraction ont été établis. En effet, comme nous l’avons expliqué précédemment, il n’est pas nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises à leurs destinataires (acte prohibé) ou que l’accusé voulait que les menaces soient ainsi transmises (élément de faute). En outre, il n’est pas nécessaire de prouver que quelqu’un a effectivement été intimidé par les menaces (acte prohibé) ou que l’accusé avait l’intention expresse d’intimider quelqu’un (élément de faute). La notion de « cercle fermé » est donc non fondée en droit. Les menaces sont des outils d’intimidation et de violence. Pour cette raison, dans toute situation où les menaces sont exprimées dans l’intention qu’elles soient prises au sérieux, même à des tiers, les éléments de l’infraction seront établis. Comme nous le verrons ci-après, le juge du procès s’est trompé à ces deux égards quant à l’élément de faute, et la Cour d’appel s’est trompée à ces deux égards quant à l’acte prohibé et à l’élément de faute.

(1) L’acte prohibé

[25] Le juge du procès n’a pas spécifiquement traité de l’acte prohibé de l’infraction. Pour sa part, la Cour d’appel a conclu que « [l]es mots utilisés par l’intimé, considérés de façon objective, peuvent faire craindre, de façon sérieuse, que des gestes susceptibles de causer la mort ou des lésions corporelles seront posés à l’initiative de l’intimé », et que « [c]’est d’ailleurs ce que les codétenus de l’intimé ont compris » (par. 8). Elle a toutefois ajouté que, « lorsque ces mots et propos sont mis en contexte », ils ne constituent pas une menace (par. 8). Elle décrit ce contexte en ces termes :

Les propos transmis ou confiés par l’intimée [*sic*] à trois autres détenus ne peuvent être assimilés à « un moyen d’intimidation visant à susciter un sentiment de crainte chez son destinataire », au même titre que la lettre menaçante qui n’est jamais mise à la poste. Ces échanges s’effectuaient dans un cercle fermé. Le simple fait d’extérioriser une pensée ne suffit pas pour imputer un geste criminel. Comme le souligne à bon droit le premier juge, il n’y a pas ici de « destinataire ». Les propos tenus sont « l’expression de la frustration et la révolte d’un criminel qui se sent coincé par le système judiciaire ». L’élément de crainte insufflé à une victime est dès lors absent. [par. 9]

[26] In sum, the Court of Appeal concluded that the words did not amount to threats because they were not conveyed to their intended recipients and they did not cause anyone to be fearful or intimidated. As we see it, in light of the legal principles reviewed above, the court erred in this conclusion: in our view, it is not necessary to prove that the threats were conveyed to their intended recipients or to prove that anyone was actually intimidated or made fearful as a result of the words uttered in order to make out the prohibited act of the offence.

(2) The Fault Element

[27] The trial judge's reasons only addressed the fault element of the offence. He held that the fault element had not been made out because [TRANSLATION] "the evidence d[id] not establish that the words used by the accused when addressing Collin and Cloutier were intended to reach the ears of the possible or potential witnesses"¹ (para. 14). He found that it would have been different if the respondent intended to convey a message to the potential informers in order to dissuade them from testifying (para. 14). Similarly, he found that the respondent could not have imagined that if Mr. Cloutier and Mr. Collin conveyed the words to the Crown prosecutor or the officer-investigator that their attitude might change (para. 15). Thus, in the trial judge's opinion, the respondent did not have the necessary intent to utter threats towards any of the complainants.

[28] The Court of Appeal for Quebec confirmed the trial judge's findings that the words "were [not] intended to reach the ears of the possible or potential witnesses" and that Mr. Cloutier and Mr. Collin were not "supposed to, either implicitly or explicitly, convey this message to the persons concerned" (para. 16). In short, the fault element was not made out because there was no intent to intimidate (para. 16). The court concluded, with regard to the fault element:

[26] En somme, la Cour d'appel a conclu que les mots n'équivalaient pas à des menaces parce qu'ils n'avaient pas été transmis à leurs destinataires et qu'ils n'avaient pas effrayé ni intimidé qui que ce soit. Selon nous, vu les principes de droit examinés précédemment, la Cour d'appel s'est trompée en tirant cette conclusion : il n'est pas nécessaire à notre avis de prouver que les menaces ont été transmises à leurs destinataires ou que quelqu'un a effectivement été intimidé ou effrayé par elles pour établir l'acte prohibé de l'infraction.

(2) L'élément de faute

[27] Dans ses motifs, le juge du procès a seulement examiné l'élément de faute de l'infraction. Il a conclu que cet élément n'avait pas été prouvé parce que « la preuve n'établi[ssai]t pas que les paroles qu'adressait l'accusé à Messieurs Collin et Cloutier étaient prononcées dans l'intention qu'elles soient transmises à ces témoins possibles ou potentiels » (par. 14). Il en aurait été autrement à son avis si l'intimé avait eu l'intention de transmettre un message aux délateurs potentiels dans le but de les dissuader de témoigner (par. 14). Il a ajouté que l'intimé ne pouvait s'imaginer que, si MM. Cloutier et Collin avaient transmis les paroles à la procureure de la Couronne ou au policier-enquêteur, leur attitude aurait pu changer (par. 15). Par conséquent, de l'avis du juge du procès, l'intimé n'avait pas l'intention nécessaire de proférer des menaces contre les plaignants.

[28] La Cour d'appel du Québec a confirmé les conclusions du juge du procès selon lesquelles les paroles « [n']avaient pas été » prononcées dans l'intention qu'elles soient transmises à ces témoins possibles ou potentiels » et que MM. Cloutier et Collin « [n']avaient [pas] le mandat tacite ou express (*sic*) de transmettre ce message aux personnes concernées » (par. 16). En somme, l'élément de faute n'a pas été établi parce qu'il n'y avait aucune intention d'intimider (par. 16). La cour a conclu en ces termes pour ce qui est de l'élément de faute :

¹ The translations are from the Court of Appeal's decision, at para. 3.

The respondent did not present any evidence and he did not testify. It is difficult to know what he was thinking. Did he believe that his comments would be reported and could scare the persons contemplated in his plans? The judge rejected this theory, deeming it to be neither likely nor logical. It may be that the judge speculated on this matter, but the fact remains that the burden of proving wrongful intent — that is, the respondent's intent to attempt to intimidate — rested with the Crown, who failed to discharge it. [Emphasis added; para. 18.]

[29] In our view, both the trial judge and the Court of Appeal erred in finding that in order to make out the fault element it was necessary to prove that the accused intended the words to be transmitted to their objects/recipients and specifically intended to intimidate the ultimate objects of the threats. It would have been sufficient had the respondent intended that the threats be taken seriously by those to whom the words were spoken.

C. *Second Issue: Should the Acquittal Be Set Aside?*

[30] To succeed on appeal against an acquittal, the Crown must show that the legal 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).

[31] As we explained above, the trial judge erred with regard to the fault element in finding that it was necessary to prove that the respondent intended his threats to be conveyed to the intended victims in order to intimidate them. He acquitted the respondent on the basis of a lack of intent to convey the threats and failed to consider the disjunctive nature of the fault element required for this offence: *either* the intent to intimidate, *or* the intent to be taken seriously.

[32] In spite of this error of law, the trial judge made a number of findings potentially relevant to the respondent's intent. We must therefore consider whether these findings were affected by the legal error and if not, whether they provide a legal basis

L'intimé n'a pas fait de preuve et ne s'est pas fait entendre. Il est bien difficile de savoir ce qu'il avait en tête. Croyait-il que ses propos seraient ébruités et pourraient apeurer les personnes visées par ses plans? Le juge rejette cette hypothèse qu'il n'estime ni vraisemblable ni logique. Peut-être le juge spéculait-il à ce sujet, mais il demeure que la preuve de l'intention coupable, de l'intention de l'intimé de chercher à intimider, était à la charge du ministère public qui n'a pas été en mesure de s'en acquitter. [Je souligne; par. 18.]

[29] À notre avis, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont eu tort de conclure que, pour établir l'élément de faute, il fallait prouver que l'accusé entendait que les paroles soient transmises aux personnes visées/destinataires et qu'il avait l'intention expresse d'intimider ceux qui étaient en définitive l'objet des menaces. En effet, il aurait été suffisant que l'intimé veuille que les menaces soient prises au sérieux par ceux à qui les paroles étaient adressées.

C. *Deuxième question : Y a-t-il lieu d'annuler les acquittements?*

[30] Pour avoir gain de cause en appel d'un acquittement, le ministère public doit démontrer « 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'acquittal » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14).

[31] Comme nous l'avons exposé précédemment, le juge du procès a commis une erreur à l'égard de l'élément de faute en concluant qu'il fallait prouver que l'intimé entendait que ses menaces soient transmises aux victimes visées dans le but de les intimider. Il a acquitté l'intimé en raison d'une absence d'intention de transmettre les menaces et il n'a pas pris en considération le caractère disjonctif de l'élément de faute de cette infraction : l'intention *soit* d'intimider, *soit* d'être pris au sérieux.

[32] Malgré cette erreur de droit, le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions qui peuvent être pertinentes relativement à l'intention de l'intimé. Nous devons donc nous demander si ces conclusions ont été altérées par l'erreur de

for the trial judge's decision to acquit. As we see it, the judge's findings are inextricably linked to his legal error as to the necessary intent and do not provide a correct legal basis for the acquittals.

[33] The trial judge found, with regard to the fault element, that the respondent's intent was [TRANSLATION] "to seek revenge once the trial was over because they [the witnesses] had informed on him" (para. 14). He found that the respondent's words were "the expression of a criminal's frustration and outrage at being caught by the judicial system" and that the respondent was simply "show[ing] his anger: in fact, in one case he said that he would act once his sentence was served, and in another he asked for help in finding the address of a police officer" (para. 16).

[34] The role of these findings in the respondent's acquittal is undermined by the trial judge's legal error in relation to the required intent, specifically that he thought the intent had not been proved because the respondent did not intend that his words would be conveyed to the objects of the threats. This error caused the trial judge to fail to consider whether the respondent intended the threats to be taken seriously.

[35] The trial judge found that Mr. Cloutier and Mr. Collin were credible witnesses and that they were both of the opinion that the threats were serious and they feared that murders would be committed (para. 12). Had the trial judge not erred as to the fault element of this offence, he would have had to consider whether the accused intended his threatening words to be taken seriously and the evidence of Mr. Cloutier and Mr. Collin provided some basis to conclude that he did (see *O'Brien* (S.C.C.), at paras. 10-12).

[36] Furthermore, the trial judge's finding that the words were spoken out of anger or frustration does not avoid the difficulty that he failed to consider whether the respondent intended the words to

droit et, dans la négative, si elles peuvent servir de fondement juridique à la décision du juge du procès de prononcer les acquittements. Pour autant que nous puissions en juger, les conclusions du juge sont inextricablement liées à son erreur de droit quant à l'intention nécessaire et ne sauraient servir de fondement juridique adéquat aux acquittements.

[33] Le juge du procès a estimé, à l'égard de l'élément de faute, que l'intention de l'intimé était « de se venger de [la] délation [des témoins] une fois le procès terminé » (par. 14). Il a conclu que les paroles de l'intimé étaient « l'expression de la frustration et la révolte d'un criminel qui se sent coincé par le système judiciaire », et que l'intimé ne faisait que « manifeste[r] sa colère : d'ailleurs il dira dans un cas qu'il posera ces gestes une fois sa peine purgée, et à une autre occasion demande qu'on l'aide à trouver l'adresse d'un policier » (par. 16).

[34] Le rôle qu'ont pu jouer ces conclusions dans l'acquiescement de l'intimé est miné par l'erreur de droit commise par le juge du procès relativement à l'intention requise, à savoir, qu'à son avis, l'intention n'avait pas été prouvée parce que l'intimé n'entendait pas que ses paroles soient transmises aux personnes visées par les menaces. En raison de cette erreur, le juge du procès ne s'est pas demandé si l'intimé entendait que les menaces soient prises au sérieux.

[35] Le juge du procès a conclu que MM. Cloutier et Collin étaient des témoins crédibles, qu'ils estimaient tous les deux que les menaces étaient sérieuses et qu'ils craignaient que des meurtres soient commis (par. 12). Si le juge du procès ne s'était pas trompé quant à l'élément de faute de cette infraction, il aurait eu à se demander si l'accusé entendait que ses paroles menaçantes soient prises au sérieux; or, les témoignages de MM. Cloutier et Collin donnaient des raisons de conclure que c'était le cas (voir *O'Brien* (C.S.C.), par. 10-12).

[36] De plus, malgré sa conclusion selon laquelle les paroles avaient été prononcées sous le coup de la colère ou de la frustration, il n'en demeure pas moins que le juge du procès a omis de se demander

be taken seriously. The respondent's [TRANSLATION] "frustration and outrage at being caught by the judicial system" speak to his *motive* for saying what he did, and not necessarily his *intent* as to how his words should be received. As this Court noted in *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831, "the mental element, the [fault element] with which the court is concerned, relates to 'intent', *i.e.* the exercise of a free will to use particular means to produce a particular result, rather than with 'motive', *i.e.* that which precedes and induces the exercise of the will".

[37] As a result, we conclude that the Crown has met its burden to demonstrate that the trial judge's legal error "might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal" (*Graveline*, at para 14). We would therefore set aside the acquittals.

[38] While the Crown asks this Court to exercise its discretion under s. 686(4) of the *Criminal Code* and enter a conviction, we are of the view that a new trial is required in this case.

[39] In order to set aside an acquittal and enter a conviction, we must be satisfied that "the trial judge's findings of fact, viewed in light of the applicable law, supported a conviction beyond a reasonable doubt" (*R. v. Katigbak*, 2011 SCC 48, [2011] 3 S.C.R. 326, at para. 50). This is a power that should be used only in the clearest of cases (*R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171, at para 48).

[40] As noted above, the trial judge made no findings with regard to the respondent's intent to be taken seriously. The trial judge's finding that the respondent said the words out of anger or frustration or a desire for revenge goes to his motive for saying the words, and not necessarily his intention. It is reasonably possible that he was motivated by anger or frustration or by the desire for revenge, and

si l'intimé entendait que les paroles soient prises au sérieux. « [L]a frustration et la révolte [de l'intimé] qui [s'est senti] coincé par le système judiciaire » concernent le *mobile* qui l'a poussé à dire ce qu'il a dit, et non pas nécessairement son *intention* quant à la manière dont il voulait que ses paroles soient reçues. Comme notre Cour l'a noté dans *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 831, « l'élément moral, [l'élément de faute] qui intéresse le tribunal, a trait à "l'intention" c'est-à-dire l'exercice d'une libre volonté d'utiliser certains moyens pour produire certains résultats plutôt qu'au "mobile" c'est-à-dire ce qui précède et amène l'exercice de la volonté ».

[37] Par conséquent, nous concluons que le ministère public s'est acquitté de son fardeau de démontrer « qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur [. . .] du premier juge [a] eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement » (*Graveline*, par. 14). Nous sommes donc d'avis d'annuler les acquittements.

[38] Bien que le ministère public demande à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en application du par. 686(4) du *Code criminel* et de consigner un verdict de culpabilité, nous sommes d'avis qu'un nouveau procès s'impose en l'espèce.

[39] Pour annuler un acquiescement et consigner un verdict de culpabilité, nous devons être convaincus « que [. . .] les conclusions de fait du juge du procès étayent, au regard du droit applicable, une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable » (*R. c. Katigbak*, 2011 CSC 48, [2011] 3 R.C.S. 326, par. 50). Or, ce pouvoir ne doit s'exercer que dans les situations les plus claires (*R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 48).

[40] Comme nous l'avons vu précédemment, le juge du procès n'a tiré aucune conclusion quant à l'intention de l'intimé d'être pris au sérieux. La conclusion du juge du procès selon laquelle l'intimé avait prononcé les paroles sous le coup de la colère ou de la frustration ou d'un désir de vengeance concerne le *mobile* qui l'a poussé à prononcer les paroles, et non pas nécessairement son

yet did not intend to be taken seriously. Questions of motive and intent are two separate inquiries and, given the trial judge's legal errors, we cannot be certain what he would have found had he turned his mind to the correct legal question. This is not the clearest of cases. Accordingly, a new trial is required to determine whether the charges against the respondent will be proved beyond a reasonable doubt.

IV. Disposition

[41] We would allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitor for the respondent: Stéphanie Carrier, St-Omer, Québec.

intention. Il est raisonnablement possible qu'il ait été motivé par la colère ou la frustration, ou par un désir de vengeance, mais qu'il n'entendait pas pour autant être pris au sérieux. Les questions de mobile et d'intention doivent faire l'objet de deux examens distincts et, compte tenu des erreurs de droit commises par le juge du procès, nous ne saurions dire avec certitude quelles auraient été ses conclusions s'il avait examiné la bonne question de droit. Il ne s'agit pas d'une situation des plus claires. Par conséquent, un nouveau procès s'impose pour déterminer si les accusations portées contre l'intimé seront prouvées hors de tout doute raisonnable.

IV. Dispositif

[41] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Procureur de l'intimé : Stéphanie Carrier, St-Omer, Québec.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2013 Vol. 3

4^e cahier, 2013 Vol. 3

Cited as [2013] 3 S.C.R. { i-lxvi
949-1239

Renvoi [2013] 3 R.C.S. { i-lxvi
949-1239

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 adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

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

NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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 Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	liii
Authors Cited	lvii
Index	1227

AIC Limited v. Fischer 949

Civil procedure — Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).

Canada (Attorney General) v. Bedford 1101

Constitutional law — Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person right by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guaranteed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

Courts — Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence	xxxv
Lois et règlements cités.....	lv
Doctrine citée.....	lvii
Index	1233

AIC Limitée c. Fischer 949

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l'instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

Canada (Procureur général) c. Bedford 1101

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1j), 213(1c).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge's findings on social and legislative facts.

Cinar Corporation v. Robinson 1168

Intellectual property — Copyright — Infringement — Reproduction of a substantial part of an original work — Whether trial judge failed to follow correct approach in assessing whether a “substantial part” of a work was reproduced — Whether trial judge failed to give sufficient weight to differences between works at issue — Whether trial judge erred in finding that features of original work are protected by the Copyright Act — Whether trial judge erred by relying on inadmissible expert evidence.

Intellectual property — Copyright — Infringement — Damages — Quantum — Disgorgement of profits — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of profits — Whether liability for disgorgement of profits may be imposed on a solidary basis — Whether Andrews trilogy cap applies to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of punitive damages — Whether punitive damages may be awarded on a solidary basis — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 35 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

IBM Canada Limited v. Waterman 985

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.

Wood v. Schaeffer 1053

Police — Investigations — Special Investigations Unit — Right to counsel — Duty to make notes — Whether police officers have right to consult with counsel before making notes on incident — Whether police officers are entitled to basic legal advice as to nature of rights and obligations in connection with incident — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15, s. 113 — Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 7, 9.

SOMMAIRE (Suite)

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

Cinar Corporation c. Robinson 1168

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale — Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre avait été reproduite? — Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre les œuvres en cause? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de l'œuvre originale sont protégés par la Loi sur le droit d'auteur? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Dommages-intérêts — Quantum — Restitution des profits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des profits faite par le juge de première instance? — La responsabilité quant à la restitution des profits peut-elle être solidaire? — Le plafond fixé dans la trilogie Andrews s'applique-t-il aux dommages-intérêts non pécuniaires ne découlant pas d'un préjudice corporel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance? — Des dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être octroyés sur une base solidaire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 35 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

IBM Canada Limitée c. Waterman 985

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

Wood c. Schaeffer 1053

Police — Enquêtes — Unité des enquêtes spéciales — Droit à l'avocat — Obligation de rédiger des notes — L'agent de police a-t-il le droit de consulter un avocat avant de rédiger ses notes au sujet d'un incident? — L'agent de police a-t-il le droit d'obtenir des conseils juridiques de base quant à la nature de ses droits et de ses obligations relativement à l'incident? — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 113 — Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 7, 9.



2013 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 adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

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

NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

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
PARTICIPATING IN DECISIONS
PUBLISHED IN THIS VOLUME**

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MORRIS FISH*

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

* On the 31st day of August 2013, the Honourable Morris Fish, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

**JUGES DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA
AYANT PARTICIPÉ AUX DÉCISIONS
PUBLIÉES DANS CE VOLUME**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MORRIS FISH*

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 Morris Fish, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 31 août 2013.

ERRATA

[1994] 2 S.C.R., p. 60, line i-4 of the French version.

Read “jour même de la ratification” instead of “jour même de sa ratification”.

[2000] 2 S.C.R., p. 600, line 12 of the first paragraph of the headnote of the French version. Read “une absence de prédisposition générale et n’était pas sauvegardée” instead of “une absence de prédisposition générale disposition et n’était pas sauvegardée”.

[1994] 2 R.C.S., p. 60, ligne i-4 de la version française.

Lire « jour même de la ratification » au lieu de « jour même de sa ratification ».

[2000] 2 R.C.S., p. 600, ligne 12 du premier paragraphe du sommaire de la version française. Lire « une absence de prédisposition générale et n’était pas sauvegardée » au lieu de « une absence de prédisposition générale disposition et n’était pas sauvegardée ».

MOTIONS — REQUÊTES

(August 1 to December 31, 2013 — 1^{er} août au 31 décembre 2013)

- 1654776 Ontario Limited v. Stewart*, (Ont.), 35394, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Adamkiewicz v. Adamkiewicz*, (Que.), 35521, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- AGC Flat Glass North America Ltd. v. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*, (Que.), 35340, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Agence du revenu du Québec c. Pratt & Whitney Canada Cie*, (Qc), 35414, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Air Canada v. Unlu*, (B.C.), 35370, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees v. The Queen in Right of Alberta*, (Alta.), 35507, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Alexopoulos v. City of Montréal*, (Que.), 35505, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Argue v. Corporation of the Township of Tay*, (Ont.), 35409, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aristilde c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35442, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Askin v. Law Society of British Columbia*, (B.C.), 35463, leave to appeal refused with costs, 7.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association pour la protection des automobilistes (APA) c. Pétro-Canada*, (Qc), 35335, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Federation of Law Societies of Canada*, (B.C.), 35399, leave to appeal granted, 10.10.13, autorisation d'appel accordée.
- Autorité des marchés financiers c. Groupe SNC-Lavalin inc.*, (Qc), 35311, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B.S. c. A.M.*, (Qc), 35428, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barbuscio v. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, (Ont.), 35346, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Baxter v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 35391, leave to appeal refused, 12.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Beck v. Wilson*, (Ont.), 35466, leave to appeal refused with costs, 31.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Becker v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, (Ont.), 35363, leave to appeal refused, 22.8.13, autorisation d'appel refusée.
- Bernier c. Gestion 11275 inc.*, (Qc), 35511, leave to appeal refused with costs, 12.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bhasin v. Hrynew*, (Alta.), 35380, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.8.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

- BO10 v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 35388, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boehme v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35523, leave to appeal refused, 14.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Boudreau v. Bank of Montreal*, (Ont.), 35400, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boudreau v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35493, leave to appeal refused, 7.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Boutin c. Air Canada*, (C.F.), 35371, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boyce v. Co-operators General Insurance Company*, (Ont.), 35459, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British American Tobacco p.l.c. v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 35497, leave to appeal refused with costs, 19.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bronson v. Hewitt*, (B.C.), 35579, notice of discontinuance filed, 18.12.13, avis de désistement produit.
- Bullen v. Kingsway General Insurance Company*, (Ont.), 35478, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.D. v. N.D.*, (Que.), 35413, leave to appeal refused with costs, 28.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Camiran c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35404, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens v. National Gallery of Canada*, (F.C.), 35353, leave to appeal granted with costs in the cause, 15.8.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Charbonneau v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35308, leave to appeal refused, 15.8.13, autorisation d'appel refusée.
- Chase c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35434, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Chief Sheldon Taypotat v. Taypotat*, (F.C.), 35518, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.12.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- City of Whitehorse v. The Queen*, (F.C.), 35458, leave to appeal refused with costs, 10.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clarke v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35487, leave to appeal granted, 17.10.13, autorisation d'appel accordée.
- Cloutier c. Rahmi*, (Qc), 35328, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- C-Map USA Inc. v. Nautical Data International, Inc.*, (F.C.), 35345, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission des normes du travail c. Asphalte Desjardins Inc.*, (Qc), 35375, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Cordeau c. Claude Leblanc, Avocats inc.*, (Qc), 35313, leave to appeal refused, 5.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Corporation of the City of Windsor v. Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County*, (Ont.), 35425, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cusack v. Royal Bank of Canada*, (Ont.), 35465, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.B. v. M.B.*, (Que.), 35419, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.L. v. Director (Child, Youth and Family Enhancement Act)*, (Alta.), 34975, leave to appeal refused, 28.11.13, autorisation d'appel refusée.
- D.T. v. L.T.*, (Que.), 35464, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- David J. Gillespie Professional Corporation v. Frank Cowan Company Limited*, (Ont.), 35387, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Delisle c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35491, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Deraspe c. Zinc Électrolytique du Canada Ltée*, (Qc), 35393, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deutsche Lufthansa Aktiengesellschaft v. Unlu*, (B.C.), 35369, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dhillon v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35451, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for British Columbia, 17.10.13, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.
- Direkoglu v. Information and Privacy Commissioner/Ontario*, (Ont.), 35376, leave to appeal refused, 5.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Dupuis Paquin, avocats et conseillers d'affaires inc. c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 35401, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Engel v. Allen*, (Alta.), 35500, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Entreprise A & S Tuckpointing Inc. c. Construction Argus inc.*, (Qc), 35433, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Enterprise Cape Breton Corporation v. Hogan*, (N.S.), 35358, leave to appeal refused, 15.8.13, autorisation d'appel refusée.
- Erdmann v. Complaints Inquiry Committee of the Institute of Chartered Accountants of Alberta*, (Alta.), 35403, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fazekas v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35319, leave to appeal refused, 15.8.13, autorisation d'appel refusée.
- Finley v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 35431, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Forsyth v. Coast Mountain Bus Company*, (B.C.), 35501, leave to appeal refused with costs, 14.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fowler c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 35427, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Frieburg v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 35490, leave to appeal refused, 14.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Gelber v. Van Damme*, (Ont.), 35517, leave to appeal refused with costs, 12.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Government of Saskatchewan v. Precision Contractors Ltd.*, (Sask.), 35470, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Government of Yukon v. Ross River Dena Council*, (Y.T.), 35236, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Greenbaum v. Public Curator of Quebec*, (Que.), 35450, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenier c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35526, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Halmo v. Manary*, (Ont.), 35468, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hammerschmid v. Nadon Corriveau*, (Que.), 35410, leave to appeal refused, 28.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Hawkes v. Attorney General of Canada*, (P.E.I.), 35457, leave to appeal refused, 31.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Hawkes v. Government of Prince Edward Island*, (P.E.I.), 35444, leave to appeal refused, 26.9.13, autorisation d'appel refusée.

- Hill v. Hill*, (Alta.), 35435, leave to appeal refused with costs, 7.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Illes v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35415, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.
- J.C. Akin Architect Ltd. v. Rosenberg*, (Sask.), 35477, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.C.K. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35440, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.
- J.W. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35447, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Jetha v. Chancery Estate Holdings Corp.*, (B.C.), 35398, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jones' Masonry Ltd. v. Labourers' International Union of North America, Local 900*, (N.B.), 35513, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jordan v. Nation*, (Alta.), 35405, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kapelus v. Hu*, (B.C.), 35347, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kassa v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35439, leave to appeal refused, 3.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Kaziuk v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35460, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Keewatin v. Minister of Natural Resources*, (Ont.), 35379, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Klippenstein v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35436, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Labossière c. Université de Montréal*, (Qc), 35525, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Laferrière c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35446, leave to appeal refused, 31.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Laus Holdings Ltd. v. Pacifica Mortgage Investment Corporation*, (B.C.), 35357, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lebel c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35352, leave to appeal refused, 22.8.13, autorisation d'appel refusée.
- Lee v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 35430, leave to appeal refused with costs, 7.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lessard v. The Queen*, (F.C.), 35307, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Liu v. McGill University Non-Academic Certified Association*, (Que.), 35453, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lombard General Insurance Company of Canada c. Factory Mutual Insurance Company*, (Qc), 35366, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lortie c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35445, leave to appeal refused, 28.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Los Angeles Salad Company Inc. v. Canadian Food Inspection Agency*, (B.C.), 35293, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35384, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- M.F. v. Family and Children's Services of Lanark, Leeds and Grenville*, (Ont.), 35467, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.
- M.V. c. C.G.*, (Qc), 35378, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- MacNeil c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35420, leave to appeal refused, 24.10.13, autorisation d'appel refusée.

- MacNeil v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35407, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Malka v. Vasiliadis*, (Ont.), 35395, leave to appeal refused, 3.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Mantley v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 35362, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Martin v. Certas Direct Insurance Company*, (Ont.), 35355, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mazhero v. Bell Canada*, (Que.), 35262, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Mazhero v. Bell Canada*, (Que.), 35571, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- McFarlane v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35377, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.
- McIntyre v. Ontario College of Teachers*, (Ont.), 35437, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McLeod v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 35365, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Meredith v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35424, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Millette c. Ville de Laval*, (Qc), 35449, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moreira v. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, (Ont.), 35344, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- N.L.W. v. R.J.P.*, (B.C.), 35469, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Newfoundland Power Inc. v. City of St. John's*, (N.L.), 35386, leave to appeal refused with costs, 17.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Odale v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Alta.) (Crim.), 35482, leave to appeal refused, 24.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Oleynik v. University of Calgary*, (Alta.), 35332, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Onex Corporation v. American Home Assurance Company*, (Ont.), 35341, leave to appeal refused with costs, 3.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Oppenheim v. 2963-0456 Québec Inc.*, (Que.), 35306, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pankiw v. Chiropractors' Association of Saskatchewan*, (Sask.), 35381, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Parent c. Schnob*, (Qc), 35481, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Perry c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35288, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Pinnock v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35537, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission*, (N.B.), 35422, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.10.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Prescient Foundation v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 35456, leave to appeal refused with costs, 28.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*, (Qc), 35448, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.11.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Q.J.K. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35530, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

- R. v. Cockell*, (Alta.) (Crim.), 35474, leave to appeal refused, 24.10.13, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Kokopenace*, (Ont.) (Crim.), 35475, notice of discontinuance filed, 28.11.13, avis de désistement produit.
- R. v. Melville Steele*, (Man.) (Crim.), 35364, leave to appeal granted, 22.8.13, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Quesnelle*, (Ont.) (Crim.), 35390, leave to appeal granted, 22.8.13, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Summers*, (Ont.) (Crim.), 35339, leave to appeal granted, 15.8.13, autorisation d'appel accordée.
- Ramsden v. Arnault Thibault Cléroux*, (Que.), 35349, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Reilly v. Priest*, (Ont.), 35508, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Reliance Comfort Limited Partnership v. Commissioner of Competition*, (F.C.), 35412, leave to appeal refused with costs, 31.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robbins v. Law Society of British Columbia*, (B.C.), 35302, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robinson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35535, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Romanuk v. The Queen*, (F.C.), 35480, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ross v. Rubin*, (Sask.), 35343, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ryder v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 35570, leave to appeal refused with costs, 19.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.L. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35385, leave to appeal refused, 5.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Salo v. Gossling*, (Ont.), 35330, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saskatchewan Federation of Labour v. The Queen, in Right of the Province of Saskatchewan*, (Sask.), 35423, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.10.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Saskatchewan Government and General Employee's Union v. Government of Saskatchewan*, (Sask.), 35512, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Savu c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 35316, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Sga'nisim Sim'augit (Chief Mountain) v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 35301, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Singh Brar v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35432, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Sipos v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35310, leave to appeal granted, 5.9.13, autorisation d'appel accordée.
- Slattery v. Pacific Academy Private School*, (B.C.), 35418, leave to appeal refused with costs, 10.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35416, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Société en commandite Place Mullins 139612 Canada inc. c. Services immobiliers Diane Bisson inc.*, (Qc), 35461, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.12.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Spearhead Management Canada Ltd. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35417, leave to appeal refused, 3.10.13, autorisation d'appel refusée.
- St-Pierre c. Cruz*, (Qc), 35441, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.

- Stubicar v. Deputy Prime Minister*, (F.C.), 35368, leave to appeal refused with costs, 12.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sunshine v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35336, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat du personnel enseignant du collège Ahuntsic c. Collège Ahuntsic*, (Qc), 35429, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.
- T.L.L.L. v. J.J.L.*, (Man.), 35452, leave to appeal refused, 10.10.13, autorisation d'appel refusée.
- Taylor v. The Queen*, (F.C.), 35374, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen v. Rich*, (N.L.), 35406, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tommason v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35498, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Tous les usagers de la Société de transport de Montréal (STM) c. Syndicat du transport de Montréal (employés des services d'entretien) CSN*, (Qc), 35443, leave to appeal refused with costs, 24.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Town of Okotoks v. Municipal District of Foothills No. 31*, (Alta.), 35515, leave to appeal refused with costs, 19.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trial Lawyers Association of British Columbia v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 35315, leave to appeal granted with costs in the cause, 12.9.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Turcotte c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île*, (Qc), 35524, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Twerd v. Criminal Injuries Review Board*, (Alta.), 35567, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- United Food and Commercial Workers, Local 1400 v. Wal-Mart Canada Corp.*, (Sask.), 35155, leave to appeal refused with costs, 15.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vallée c. Thibault*, (Qc), 35383, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vargas-Fano v. Moore*, (Que.), 35367, leave to appeal refused with costs, 5.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vesuna v. Drysdale*, (B.C.), 35323, leave to appeal refused with costs, 22.8.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Audigé*, (Qc), 35291, leave to appeal refused with costs, 31.10.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Biondi*, (Qc), 35351, leave to appeal refused, 19.9.13, autorisation d'appel refusée.
- Ville de Québec c. Société immobilière du Québec*, (Qc), 35324, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Walia v. University of Manitoba*, (Man.), 35536, leave to appeal refused with costs, 5.12.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wang v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35539, leave to appeal refused, 19.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Welsh v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35533, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.
- Weyerhaeuser Company Limited v. Lacey*, (B.C.), 35494, leave to appeal refused with costs, 21.11.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Company Limited*, (N.S.), 35492, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.11.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Willier v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35502, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. Attorney General of Canada*, (N.S.), 35426, leave to appeal refused, 21.11.13, autorisation d'appel refusée.

Wilson v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35237, leave to appeal refused, 17.10.13, autorisation d'appel refusée.

X v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35538, leave to appeal refused, 12.12.13, autorisation d'appel refusée.

Zefferino v. Meloche Monnex Insurance Company, (Ont.), 35333, leave to appeal refused with costs, 19.9.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		D	
AIC Limited v. Fischer	949	Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	157
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401	733	E	
Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization	866	Envision Credit Union v. Canada	191
Archer Daniels Midland Company, Sun-Rype Products Ltd. v.	545	F	
Autorité des marchés financiers, La Souveraine, Compagnie d’assurance générale v.	756	Fischer, AIC Limited v.	949
B		G	
Bedford, Canada (Attorney General) v.	1101	Guay inc., Payette v.	95
British Columbia (Forests) v. Teal Cedar Products Ltd.	301	H	
British Columbia (Securities Commission), McLean v.	895	Hay, R. v.	694
C		I	
Cairney, R. v.	420	IBM Canada Limited v. Waterman	985
Canada, Envision Credit Union v.	191	Infineon Technologies AG v. Option consommateurs	600
Canada (Attorney General) v. Bedford	1101	K	
Canada Bread Company Ltd., Régie des rentes du Québec v.	125	Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)	810
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), Divito v.	157	L	
Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment)	323	La Souveraine, Compagnie d’assurance générale v. Autorité des marchés financiers	756
Chehil, R. v.	220	M	
Cinar Corporation v. Robinson	1168	MacKenzie, R. v.	250
Criminal Lawyers’ Association of Ontario, Ontario v.	3	Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate	53
Cuthbertson v. Rasouli	341		

	PAGE		PAGE
McLean v. British Columbia (Securities Commission)	895	Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.	125
McRae, R. v.	931	Ryan Estate, Marine Services International Ltd. v.	53
Microsoft Corporation, Pro-Sys Consultants Ltd. v.	477		
		S	
N		Schaeffer, Wood v.	1053
Northwest Atlantic Fisheries Organization, Amaratunga v.	866	Services Environnementaux AES inc., Quebec (Agence du revenu) v.	838
		Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company	545
O			
Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario	3	T	
Ontario (Environment), Castonguay Blasting Ltd. v.	323	Teal Cedar Products Ltd., British Columbia (Forests) v.	301
Ontario (Health and Long-Term Care), Katz Group Canada Inc. v.	810		
Option consommateurs, Infineon Technologies AG v.	600	U	
		United Food and Commercial Workers, Local 401, Alberta (Information and Privacy Commissioner) v.	733
P			
Pappas, R. v.	452	V	
Payette v. Guay inc.	95	Vu, R. v.	657
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation	477		
		W	
Q		Waterman, IBM Canada Limited v.	985
Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.	838	Wood v. Schaeffer	1053
R			
R. v. Cairney	420		
R. v. Chehil	220		
R. v. Hay	694		
R. v. MacKenzie	250		
R. v. McRae	931		
R. v. Pappas	452		
R. v. R.L.	418		
R. v. Vu	657		
R.L., R. v.	418		
Rasouli, Cuthbertson v.	341		
Robinson, Cinar Corporation v.	1168		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		E	
AIC Limitée c. Fischer	949	Envision Credit Union c. Canada	191
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimen- tation et du commerce, section locale 401	733	F	
Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlan- tique Nord-Ouest	866	Fischer, AIC Limitée c.	949
Archer Daniels Midland Company, Sun-Rype Pro- ducts Ltd. c.	545	G	
Autorité des marchés financiers, La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c.	756	Guay inc., Payette c.	95
B		H	
Bedford, Canada (Procureur général) c.	1101	Hay, R. c.	694
C		I	
Cairney, R. c.	420	IBM Canada Limitée c. Waterman	985
Canada, Envision Credit Union c.	191	Infineon Technologies AG c. Option consomma- teurs	600
Canada Bread Company Ltd., Régie des rentes du Québec c.	125	K	
Canada (Procureur général) c. Bedford	1101	Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)	810
Canada (Sécurité publique et Protection civile), Divito c.	157	L	
Chehil, R. c.	220	La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers	756
Cinar Corporation c. Robinson	1168	M	
Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Pro- ducts Ltd.	301	MacKenzie, R. c.	250
Colombie-Britannique (Securities Commission), McLean c.	895	Marine Services International Ltd. c. Ryan (Suc- cession)	53
Criminal Lawyers' Association of Ontario, Onta- rio c.	3	McLean c. Colombie-Britannique (Securities Com- mission)	895
Cuthbertson c. Rasouli	341	McRae, R. c.	931
D		Microsoft Corporation, Pro-Sys Consultants Ltd. c.	477
Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	157		
Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environ- nement)	323		

	PAGE		PAGE
O		S	
Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario	3	Schaeffer, Wood c.	1053
Ontario (Environnement), Dynamitage Castonguay Ltée c.	323	Services Environnementaux AES inc., Québec (Agence du revenu) c.	838
Ontario (Santé et Soins de longue durée), Katz Group Canada Inc. c.	810	Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company	545
Option consommateurs, Infineon Technologies AG c.	600	T	
Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest, Amaratunga c.	866	Teal Cedar Products Ltd., Colombie-Britannique (Forêts) c.	301
P		Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401, Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. ...	733
Pappas, R. c.	452	V	
Payette c. Guay inc.	95	Vu, R. c.	657
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation	477	W	
Q		Waterman, IBM Canada Limitée c.	985
Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.	838	Wood c. Schaeffer	1053
R			
R. c. Cairney	420		
R. c. Chehil	220		
R. c. Hay	694		
R. c. MacKenzie	250		
R. c. McRae	931		
R. c. Pappas	452		
R. c. R.L.	418		
R. c. Vu	657		
R.L., R. c.	418		
Rasouli, Cuthbertson c.	341		
Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.	125		
Robinson, Cinar Corporation c.	1168		
Ryan (Succession), Marine Services International Ltd. c.	53		

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	333
1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.	(2002), 62 O.R. (3d) 535	972
2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s-Canada Restaurant Corp.	2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721	536
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804	90
A		
A.K. (Re)	2011 CanLII 82907	371
Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)	2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267	182
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	927
Airedale N.H.S. Trust v. Bland	[1993] A.C. 789	405
Al Rawi v. Security Service	[2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531	18
Alaska Trainship Corp. v. Pacific Pilotage Authority	[1981] 1 S.C.R. 261	827
Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society	2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261	510, 566
Alberta v. Jarvis	2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154	241
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	909
Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG	(2002), 16 C.P.C. (5th) 301	590
Allard v. Cloutier	(1919), 29 B.R. 565	119
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)	[1988] 1 S.C.R. 897	72
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	1184
Arbique v. Gabriele	[1998] J.Q. n° 3794 (QL)	1196
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	1184
Association des résidents riverains de la Lièvre inc. v. Canada (Procureur général)	2006 QCCS 5661 (CanLII)	654
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140	917
Attorney General v. Blake	[2001] 1 A.C. 268	1004
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	16, 86
Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers’ Association	[1983] 1 S.C.R. 498	72
Auckland Harbour Board v. The King	[1924] A.C. 318	29, 47
Authorson v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40	892
B		
B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	357
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	17
Baigent v. The Random House Group Ltd.	[2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24	1189

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	883
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601	1004, 1051
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	85
Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 59	854
Banque de Montréal v. Européenne de Condiments S.A.	[1989] R.J.Q. 246	854
Banque de Montréal v. Hydro Aluminum Wells Inc.	2004 CanLII 12052	611
Barbour v. University of British Columbia	2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270	148
Batistatos v. Roads and Traffic Authority of New South Wales	[2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425	18
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	70
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	88, 883, 915
Berdah v. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	624
BGI Atlantic Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206	675
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	85
Black v. Place Bonaventure inc.	(2004), 41 C.C.P.B. 181	653
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	1138
Bonavista Cold Storage Co. v. Walters	(1959), 20 D.L.R. (2d) 744	83
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	179
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214	642
Bouchard v. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	653
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	23
Bourgoin v. Bell Canada inc.	2007 QCCS 6087 (CanLII)	653
Bradburn v. Great Western Railway Co.	(1874), L.R. 10 Ex. 1	1012
Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.	2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215	517
Breslaw v. Montreal (City)	2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131	625
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533	882, 1070
British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.	2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74	495, 638
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	148
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263	571
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.	2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86	82
British Columbia Securities Commission v. Bapty	2006 BCSC 638 (CanLII)	911
British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works	[1980] 2 S.C.R. 283	318
Burnac Corp. v. Les Entreprises Ludco Ltée	[1991] R.D.I. 304	117
Bywater v. Toronto Transit Commission	(1998), 27 C.P.C. (4th) 172	574
C		
California v. ARC America Corp.	490 U.S. 93 (1989)	505
Canada v. Addison & Leyen Ltd.	2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793	859
Canada v. Craig	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489	1129
Canada (Attorney General) v. Juliar	(2000), 50 O.R. (3d) 728	851
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	178, 1124
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	910
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.	[1983] 1 S.C.R. 452	514

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	915
Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. ...	2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529	145
Canada (House of Commons) v. Vaid	2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667	20, 876
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	[1998] 1 S.C.R. 626	43
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	20, 1138
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	169
Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)	2003 FCA 86, 301 N.R. 321	1009
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. ...	[1993] 3 S.C.R. 724	916
Canadian Pacific Ltd. v. Gill	[1973] S.C.R. 654	1006, 1046
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	77
Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.	(2004), 236 D.L.R. (4th) 348	976
Cassano v. Toronto-Dominion Bank	2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401	983
Cassano v. Toronto-Dominion Bank	(2009), 98 O.R. (3d) 543	589
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339	1187
Chadha v. Bayer Inc.	(2003), 63 O.R. (3d) 22	501, 973
Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.	(1992), 2 C.C.P.B. 101	1008, 1039
Chaoulli v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791	1144
Château v. Placements Germarich Inc.	[1990] R.D.J. 625	623
Child and Family Services of Central Manitoba v. R.L.	(1997), 123 Man. R. (2d) 135	407
Child and Family Services of Winnipeg v. J. A.	2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161	32
Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. C. (M.)	(2008), 301 D.L.R. (4th) 194	368
Cholmondeley v. Clinton	(1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527	924
City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission ...	133 S. Ct. 1863 (2013)	910
CKOY Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 2	827
Cloud v. Canada (Attorney General)	(2004), 73 O.R. (3d) 401	524, 966
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572	571
CNG Producing Co. v. Alberta (Provincial Treasurer)	2002 ABCA 207, 317 A.R. 171	149
Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît	2011 QCCA 826 (CanLII)	626
Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée	[1990] R.J.Q. 655	623
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission	[1981] 1 S.C.R. 424	623
Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. v. Société financière Manuvie	2011 QCCS 3446 (CanLII)	653
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	72
Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.	(1994), 182 C.L.R. 51	495
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)	2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132	903, 977
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.	2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458	910
Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.	982 F.2d 693 (1992)	1190
Construction Denis Desjardins inc. v. Jeanson	2010 QCCA 1287 (CanLII)	1214
Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.	2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405	913
Contino v. Leonelli-Contino	2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217	882

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Conway v. Jacques	(2002), 59 O.R. (3d) 737	377
Copiscope Inc. v. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.	1998 CanLII 12603	118
Correia v. Canac Kitchens	2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353	517
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	913
Crits v. Sylvester	(1956), 1 D.L.R. (2d) 502	386
Croteau v. Air Transat A.T. inc.	2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175	653
Cunningham v. Wheeler	[1994] 1 S.C.R. 359	999, 1036
D		
D.D. (Re)	2013 CanLII 18799	377
D.W. (Re)	2011 CanLII 18217	383
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	184
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	747
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460	139
de Montigny v. Brossard (Succession)	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64	1218
Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc.	(2002), 58 O.R. (3d) 339	1189
Demers v. Autorité des marchés financiers	2013 QCCA 323 (CanLII)	777, 796
Dennis (Re)	2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL)	917
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	683
Designers Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.	[2001] 1 All E.R. 700	1188
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	21
Divito v. Canada (Ministre de la Justice)	2004 CanLII 39111	164
Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.	[1980] 2 S.C.R. 865	109
Doré v. Barreau du Québec	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395	178, 189
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	20
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226	908
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	76, 147, 908
E		
E. (Mrs.) v. Eve	[1986] 2 S.C.R. 388	357
E. (Re)	2009 CanLII 28625	378
E.B. (Re)	2006 CanLII 46624	378
E.J.G. (Re)	2007 CanLII 44704	370
Edwards v. The Queen	[1973] A.C. 648	438
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	168
Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 916	100
Emery v. Royal Oak Mines Inc.	(1995), 24 O.R. (3d) 302	1008
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231	1186
États-Unis d'Amérique v. Divito	(2004), 194 C.C.C. (3d) 148	164
F		
Fairhurst v. Anglo American PLC	2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45	571
Federal Sugar Refining Co. v. United States Sugar Equalization Board, Inc.	268 F. 575 (1920)	522
Ferneyhough v. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.)	2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76	91

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Fleming v. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	357
Florida v. Harris	133 S.Ct. 1050 (2013)	241
Florida v. Jardines	133 S.Ct. 1409 (2013)	268
Ford v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 758	590
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90	835
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	19
Friedland (Re)	2010 BCSECCOM 654 (CanLII)	924

G

G. (Re)	2009 CanLII 25289	370
Garland v. Consumers' Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	518
Gauthier v. Beaumont	[1998] 2 S.C.R. 3	1212
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	78
Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	1217
Gilbert v. Attorney-General	[2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72	1014
Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(2004), 3 C.P.C. (6th) 35	589
Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc.	(1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1	1035
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Com- mission)	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494	920, 929
Glykis v. Hydro-Québec	2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285	826, 882
Golden Capital Securities Ltd. v. Holmes	2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54	514
Golubchuk v. Salvation Army Grace General Hospital	2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274	368, 406
Graat v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 819	290
Graham v. Baker	(1961), 106 C.L.R. 340	1014
Grand Trunk Railway v. Beckett	(1887), 16 S.C.R. 713	1007
Great Atlantic & Pacific Co. of Canada	[1994] O.L.R.B. Rep. March 303	752
Grollo v. Palmer	(1995), 184 C.L.R. 348	35
Groupe Québécois Inc. v. Grégoire	(1988), 15 Q.A.C. 113	115
Guilbert v. Vacances sans Frontière Ltée	[1991] R.D.J. 513	627
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	624
Guy v. Trizec Equities Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 756	1007, 1046

H

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)	2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441	747
H.J. (Re)	2003 CanLII 49837	378
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	1132
Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.	(2004), 13 C.P.C. (6th) 1	525, 971
Halabi v. Becker Milk Co.	(1998), 39 O.R. (3d) 153	969
Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.	392 U.S. 481 (1968)	493, 638
Harmegnies v. Toyota Canada inc.	2008 QCCA 380 (CanLII)	626
Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391	169
Heidary (Re)	2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959	905
Henderson v. The King	[1948] S.C.R. 226	468

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	1209
Hollick v. Toronto (City)	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 ...	510, 566, 585, 644, 956
Hongkong Bank of Can. v. Touche Ross & Co.	(1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381	311
Hopkins v. Norcross plc	[1993] 1 All E.R. 565	1014
Hopp v. Lepp	[1980] 2 S.C.R. 192	356, 393
Hornby Island Trust Ctee. v. Stormwell	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383	152
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	1129, 1189
Hubert v. Merck & Co. Inc.	2007 QCCS 3291 (CanLII)	650
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	510, 566
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	168, 180, 230, 272, 669
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	72
I		
I.H.V., Re	2008 ABQB 250, 449 A.R. 211	406
Illinois Brick Co. v. Illinois	431 U.S. 720 (1977)	497, 639
In re Criminal Code	(1910), 43 S.C.R. 434	22
In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation	552 F.3d 305 (2008)	525
In Re: Linerboard Antitrust Litigation	305 F.3d 145 (2002)	530
In Re: The Conservatorship of Helga M. Wangle	No. PX-91-283 (1991)	409
In the Matter of Baby “K”	16 F.3d 590 (1994)	409
Infineon Technologies AG v. Option consommateurs	2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600	491, 561
Inglewood Pulp and Paper Co. v. New Brunswick Electric Power Commission	[1928] A.C. 492	318
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)	[1987] 1 S.C.R. 181	1098
Irving Oil Co. v. The King	[1946] S.C.R. 551	318
Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.	(2009), 99 O.R. (3d) 358	525, 971
Islamic Republic of Iran v. Hashemi	2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567	892
J		
Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson	[1980] 1 S.C.R. 812	1006, 1047
Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1995] 2 F.C. 595	827
Jin v. Calgary Health Region	2007 ABQB 593, 428 A.R. 161	407
Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)	I.C.J. (February 3, 2012)	879
K		
K.M.S. (Re)	2007 CanLII 29956	377
Kamel v. Canada (Attorney General)	2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59	182
Kamel v. Canada (Attorney General)	2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449	182
Kerr v. Baranow	2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269	518, 569
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)	2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3	494, 563, 638
Klay v. Humana, Inc.	382 F.3d 1241 (2004)	964
Knapton v. ECC Card Clothing Ltd.	[2006] I.C.R. 1084	1014
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	49

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Kuwait Airways Corp. v. Iraq	2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571	880
L		
L.E.L. Marketing Ltée v. Otis	[1989] Q.J. No. 1229 (QL)	123
Laboucane v. Brooks	2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20	83
Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.	[1964] 1 All E.R. 465	1187
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	178, 189
Landry v. Audet	2011 QCCA 535 (CanLII)	1211
Lau v. Bayview Landmark Inc.	(1999), 40 C.P.C. (4th) 301	574, 585
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	683
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773	747
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113	86
Lévis (City) v. Tétreault	2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420	772, 801
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	947
Lindal v. Lindal	[1981] 2 S.C.R. 629	1209
Lines v. British Columbia (Securities Commission)	2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281	925
Longpré v. Thériault	[1979] C.A. 258	1199
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.	[1997] 2 F.C. 3	1204
M		
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	186
M. (A.) v. Benes	(1999), 46 O.R. (3d) 271	382
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	924
MacKinnon v. National Money Mart Co.	2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214	592
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725	16, 43
Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.	[1979] A.C. 374	522
Maitland Capital Ltd. (Re)	2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729	924
Malette v. Shulman	(1990), 72 O.R. (2d) 417	357
Manco Home Systems Ltd., Re	1989 CanLII 2819	210
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623	925
Marcotte v. Longueuil (City)	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65	623
Markarian v. Marchés mondiaux CIBC inc.	2006 QCCS 3314 (CanLII)	1215
Markson v. MBNA Canada Bank	2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321	983
Marston v. Autorité des marchés financiers	2009 QCCA 2178 (CanLII)	773
Martin v. Telus Communications Co.	2010 QCCA 2376 (CanLII)	624
Mason's Case	(1756), Fost. 132, 168 E.R. 66	433
Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau Ltd.	[1940] S.C.R. 218	1186
Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.	2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387	1196
McCracken v. Canadian National Railway Co.	2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745	972
McInerney v. MacDonald	[1992] 2 S.C.R. 138	386, 404
McKay v. The Queen	[1965] S.C.R. 798	186
McKechnie v. McKechnie	2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228	306
McLean (Re)	2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734 ..	903
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484	723

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.	(1978), 89 D.L.R. (3d) 195	1199
Molis v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 356	785
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902	1204
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141	917
Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners	[1926] A.C. 299	82
Moore Corp. v. Charette	(1987), 19 C.C.E.L. 277	123
Morriss v. British Columbia	2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1	306
Mulcahy v. The Queen	(1868), L.R. 3 H.L. 306	514
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	85, 500
Municipal Corporation of City of Toronto v. Virgo	[1896] A.C. 88	834
Murphy v. Welsh	[1993] 2 S.C.R. 1069	926
N		
N., Re	2009 CarswellOnt 4748	383
Nadon v. Ville d'Anjou	[1994] R.J.Q. 1823	623
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	913
National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne	(1961), 105 C.L.R. 569	1014
National Trust Co. v. Gleason	77 N.Y. 400 (1879)	522
Nault v. Canadian Consumer Co. Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 553	623
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	23
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	20
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	31, 1142
Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.	2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381	20
Nichols v. Universal Pictures Corporation	45 F.2d 119 (1930)	1188
Nielsen (Re)	2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478 ...	924
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226	386, 411
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616	910
Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) v. Workers' Compensation Appeals Tribunal	2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390	91
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	92
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	923
O		
OBG Ltd. v. Allan	[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1	517
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	329
Ontario v. Figueroa	(2003), 64 O.R. (3d) 321	32, 48
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	751
Ontario Federation of Anglers & Hunters v. Ontario (Ministry of Natural Resources)	(2002), 211 D.L.R. (4th) 741	827
Option Consommateurs v. British Airways PLC	2010 QCCS 140 (CanLII)	618
Option Consommateurs v. Infineon Technologies AG	2011 QCCA 2116 (CanLII)	561

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Option Consommateurs v. Novopharm Ltd.	2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350	625
Order P2010-003	745
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	63
P		
P. (D.), Re	2010 CarswellOnt 7848	378
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	700
Papeterie L'Écriteau inc. v. Barbier	[1998] J.Q. n° 5090 (QL)	119
Paré v. Rail & Water Terminal (Quebec) Inc.	[1978] 1 F.C. 23	83
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	472
Parry v. Cleaver	[1970] A.C. 1	1001, 1046
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 S.C.R. 890	71
Pearson v. Inco Ltd.	(2006), 78 O.R. (3d) 641	969
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	518, 567
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	864
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	918
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	518
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	908
Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs	2005 QCCA 437 (CanLII)	624
Phillips v. Western Company of North America	953 F.2d 923 (1992)	1000, 1048
Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 242	1196
Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. v. Favreau	(1999), 177 D.L.R. (4th) 568	1194
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG	2008 BCSC 575 (CanLII)	537
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG	2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272	524, 561
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.	2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90	559
Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation	2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 ...	555, 585, 638, 971
Q		
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	78
Québec (Procureur général) v. C. (R.)	(2003), 13 C.R. (6th) 1	42
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	1209
Quebec Workmen's Compensation Commission v. Lachance	[1973] S.C.R. 428	1007
Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q. 966	611
Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson	(1883), 10 S.C.R. 222	82
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	43
R. v. A.M.	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569	224, 257
R. v. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	1131
R. v. Allain	(1998), 205 N.B.R. (2d) 201	668
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	668
R. v. Arcuri	2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828	461, 712
R. v. Aucoin	2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408	270

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Audet	[1996] 2 S.C.R. 171	947
R. v. Avetysan	2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745	715
R. v. Bailey	2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128 ...	1080
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91	46
R. v. Barrow	(2001), 54 O.R. (3d) 417	1136
R. v. Batista	2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376	939
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	267
R. v. Beyo	(2000), 47 O.R. (3d) 712	940
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	168, 180
R. v. Black and Decker Manufacturing Co.	[1975] 1 S.C.R. 411	200
R. v. Borden	[1994] 3 S.C.R. 145	241
R. v. Boudreau-Fontaine	2010 QCCA 1108 (CanLII)	682
R. v. Bramley	2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286	233, 292
R. v. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411	775
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	298
R. v. Buzizi	2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248 ...	430, 470
R. v. Cairenius	(2008), 232 C.C.C. (3d) 13	45
R. v. Cairney	2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420 ...	460, 474
R. v. Calderon	(2004), 188 C.C.C. (3d) 481	246
R. v. Candir	2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119	715
R. v. Canning	[1986] 1 S.C.R. 991	712
R. v. Caron	2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78	17, 43
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	231
R. v. Chan	2002 ABCA 299, 317 A.R. 240	31
R. v. Charles	2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33	675
R. v. Chehil	2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 ...	257, 288
R. v. Chemama	2008 ONCJ 140 (CanLII)	50
R. v. Cinous	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3 ...	430, 445, 461, 470
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	769, 800
R. v. Clay	2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735	1149
R. v. Clemente	[1994] 2 S.C.R. 758	936
R. v. Cole	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	675
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	229, 272
R. v. Comeau	2010 QCCQ 20939 (CanLII)	935
R. v. Côté	2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215	688
R. v. Cunningham	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331 ...	17, 26, 43
R. v. Demers	2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489	1145
R. v. Dinardo	2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788	292
R. v. Dow Chemical Canada Inc.	(2000), 47 O.R. (3d) 577	329
R. v. Downey	[1992] 2 S.C.R. 10	1136
R. v. E. Star International Inc.	2009 ONCJ 576 (CanLII)	675
R. v. Earle	2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123	241
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	188
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	268
R. v. F. W. Woolworth Co. Ltd.	(1974), 3 O.R. (2d) 629	774
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	471
R. v. Felawka	[1993] 4 S.C.R. 199	85

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Felteau	2010 ONCA 821 (CanLII)	937
R. v. Fontaine	2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702	461, 470
R. v. Frieburg	2013 MBCA 40 (CanLII)	242
R. v. G.D.B.	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520	722
R. v. Gagnon	2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621	292
R. v. Gagnon	2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200	33
R. v. Gauthier	2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403	461, 470
R. v. Gauvin	(1997), 187 N.B.R. (2d) 262	164
R. v. Gibson	2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61	440
R. v. Golub	(1997), 34 O.R. (3d) 743	234
R. v. Gowing	2012 ABPC 38, 532 A.R. 312	241
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	298, 689
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	945
R. v. Grilo	(1991), 2 O.R. (3d) 514	1136
R. v. Hall	2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309	1096
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	169, 883
R. v. Hay	2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206	710
R. v. Head	(1987), 59 C.R. (3d) 80	1136
R. v. Heaney	2013 BCCA 177 (CanLII)	940
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761	1145
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	776
R. v. Hibbert	2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445	712
R. v. Hinse	[1995] 4 S.C.R. 597	17
R. v. Hiscox	2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315	940
R. v. Ho	2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187	31
R. v. Hoang	2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127	241
R. v. Hoy	2010 ABQB 575, 534 A.R. 58	241
R. v. Hundal	[1993] 1 S.C.R. 867	940
R. v. Imani	[2012] N.B.J. No. 120 (QL)	241
R. v. Jaw	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26	714
R. v. Jorgensen	[1995] 4 S.C.R. 55	782, 802
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 ...	224, 257, 287
R. v. Katigbak	2011 SCC 48, [2011] 3 S.C.R. 326	947
R. v. Keegstra	[1995] 2 S.C.R. 381	769
R. v. Khawaja	2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555	1147
R. v. Krafczyk	2011 ABQB 107, 511 A.R. 211	241
R. v. LeBlanc	(1988), 90 N.B.R. (2d) 63	938
R. v. LeBlanc	[1989] 1 S.C.R. 1583	938
R. v. Lee	(1998), 125 C.C.C. (3d) 363	45
R. v. Louison	(1975), 26 C.C.C. (2d) 266	439
R. v. Lozano	2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL)	241
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	231
R. v. M. (P.S.)	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402	722
R. v. MacDonald	(2002), 166 O.A.C. 121	937
R. v. MacKenzie	2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250	225
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	1131

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Mann	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59	231, 269, 298
R. v. Mayuran	2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162	430, 445, 460, 472
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	936
R. v. McNeil	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66	179
R. v. Mezzo	[1986] 1 S.C.R. 802	712
R. v. Mohamad	(2004), 69 O.R. (3d) 481	676
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	1195
R. v. Monney	[1999] 1 S.C.R. 652	231
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	17
R. v. Morelli	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	668
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	754, 1128
R. v. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	292
R. v. Neve	(1993), 145 A.R. 311	940
R. v. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	1096
R. v. Nguyen	2013 SKQB 36 (CanLII)	241
R. v. Nikolovski	[1996] 3 S.C.R. 1197	712
R. v. Noble	2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6	940
R. v. Noble	2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144	940
R. v. Nolet	2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851	268
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	631
R. v. O'Brien	2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144	941
R. v. O'Brien	2013 SCC 2, [2013] 1 S.C.R. 7	936
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	793
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	184
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	470
R. v. Pappas	2013 SCC 56, [2013] 3 S.C.R. 452	430
R. v. Parent	2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761	464
R. v. Park	[1995] 2 S.C.R. 836	461
R. v. Patrick	2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579	243
R. v. Payette	2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289	235
R. v. Peterman	(2004), 70 O.R. (3d) 481	22
R. v. Pickton	2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198	718
R. v. Pierce	(1982), 37 O.R. (2d) 721	1134
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	676
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	20, 793
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	314
R. v. R.E.M.	2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3	271
R. v. Reitsma	[1998] 1 S.C.R. 769	712
R. v. Rémy	(1993), 82 C.C.C. (3d) 176	938
R. v. Rockwood	(1989), 91 N.S.R. (2d) 305	32
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	17
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	22, 39
R. v. Rudnicki	[2004] R.J.Q. 2954	940
R. v. Rumbaut	1998 CanLII 9816	164
R. v. Ryan	2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161	33
R. v. Ryan	2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97	241

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. S.S.C.	2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57	1147
R. v. Samra	(1998), 41 O.R. (3d) 434	45
R. v. Sanchez	(1994), 93 C.C.C. (3d) 357	668
R. v. Schrenk	2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12	269
R. v. Shepherd	2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527	244, 275
R. v. Shiers	2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196	668
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	231
R. v. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	225
R. v. Spence	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	1131
R. v. Squire	[1977] 2 S.C.R. 13	439
R. v. Stewart	2012 ONCJ 298 (CanLII)	1080
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	298
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480	726
R. v. Storrey	[1990] 1 S.C.R. 241	241
R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	1076
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	27
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	435, 446, 472
R. v. Tran	2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109	279
R. v. Tran	2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350	430, 445, 463, 473
R. v. Tripodi	[1955] S.C.R. 438	437, 464
R. v. Tse	2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531	243
R. v. Turnbull	[1976] 3 All E.R. 549	712
R. v. Turpin	2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67	272
R. v. Upson	2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87	938
R. v. Vu	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657	1080
R. v. Welsh	(1869), 11 Cox C.C. 336	432
R. v. White	2010 SCC 59, [2010] 3 S.C.R. 374	31, 50
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	788
R. v. Whyte	2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317	279
R. v. Wise	[1992] 1 S.C.R. 527	267
R. v. Wong	2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342	246
R. v. Worthington	(1972), 10 C.C.C. (2d) 311	1134
R. v. Yeh	2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1	269, 291
R. v. Zack	[1999] O.J. No. 5747 (QL)	1080
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	1155
R. v. Zurowski	2004 SCC 72, [2004] 3 S.C.R. 509	712
R. (Burke) v. General Medical Council	[2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132	374
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156	750
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	518
Ratych v. Bloomer	[1990] 1 S.C.R. 940	1002
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	1143
Re Canada Labour Code	[1992] 2 S.C.R. 50	890
Re Doctors Hospital and Minister of Health	(1976), 12 O.R. (2d) 164	827
Re J (a minor) (wardship: medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 614	408
Re R (a minor) (wardship: medical treatment)	[1991] 4 All E.R. 177	408
Re Residential Tenancies Act, 1979	[1981] 1 S.C.R. 714	21

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Re S.D.	[1983] 3 W.W.R. 618	358
Redpath v. Belfast and County Down Railway	(1947), N.I. 167	1005
Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)	[1996] 1 S.C.R. 186	16
Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168	2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489	90
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	169, 751
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	16, 47
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	19
Reference re Securities Act	2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837	929
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	1120
Reference re: Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), ss. 32, 34	(1987), 44 D.L.R. (4th) 501	71
Regroupement des citoyens contre la pollution v. Alex Couture inc.	2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859	641
Reibl v. Hughes	[1980] 2 S.C.R. 880	356, 393
Reid v. Ford Motor Co.	2006 BCSC 712 (CanLII)	522
Reid v. Georgia	448 U.S. 438 (1980)	233
Richard v. Time Inc.	2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265	1218
Risorto v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	(2007), 38 C.P.C. (6th) 373	587
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	883, 1093
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	1131
Roberge v. Bolduc	[1991] 1 S.C.R. 374	149
Robinson (Re)	2013 LNABASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII)	924
Robitaille v. Gestion L. Jalbert inc.	2007 QCCA 1052 (CanLII)	121
Rockert v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 704	1154
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	413, 1139
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283	909, 1186
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	925
Rosso v. Autorité des marchés financiers	2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61	653
Rotaru v. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit	2008 BCSC 318 (CanLII)	407
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188	85
Royal Bank of Canada v. Capital Factors Inc.	[2004] Q.J. No. 11841 (QL)	618
Rumley v. British Columbia	2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184	966
S		
S.S. (Re)	2011 CanLII 5000	383
Salamon v. The Queen	[1959] S.C.R. 404	438
Sauer v. Canada (Agriculture)	2008 CanLII 43774	575, 588
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)	2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519	171
Sawatzky v. Riverview Health Centre Inc.	(1998), 132 Man. R. (2d) 222	406
Scardoni v. Hawryluck	(2004), 69 O.R. (3d) 700	373
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	754, 1165
Schreiber v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269	1209
Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson	(2006), 85 O.R. (3d) 665	521
Seto (Re)	2006 BCSECCOM 569 (CanLII)	914

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157	109, 864
Shaw v. Director of Public Prosecutions	[1962] A.C. 220	1157
Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation	106 F.2d 45 (1939).....	1204
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	827
Shuchuk v. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)	2012 ABCA 50, 522 A.R. 336	154
Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. v. Bruneau	[1924] S.C.R. 168	83
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	184
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	169
Sloas v. CSX Transportation, Inc.	616 F.3d 380 (2010)	1000
Smith v. National Money Mart Co.	(2006), 80 O.R. (3d) 81	516
Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority	[1991] 2 A.C. 502	1014
Snyder v. Montreal Gazette Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 494	1209
Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy Société canadienne de métaux Reynolds ltée v. Québec (Sous-ministre du Revenu)	2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100	861
Société canadienne des postes v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles	[2004] R.D.F.Q. 45	148
Société canadienne des postes v. Commission de la santé et de la sécurité du travail	[1999] R.J.Q. 957	72
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch	[1996] R.J.Q. 873	72
Société Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.	[1986] 1 S.C.R. 549	17
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada	[2002] R.J.Q. 2639	1213
Solomon v. Québec (Procureur général)	2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326	1186
Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.	2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127	1217
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	245 U.S. 531 (1918)	496
Sriskandarajah v. United States of America	2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205	618
Starson v. Swayze	2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609	178, 180
Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. v. M.A.	2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722	358
Steele v. Toyota Canada Inc.	2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872	1212
Steele v. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271	587
Sterling Combustion inc. v. Roco Industrie inc.	2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389	536
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.	2005 QCCA 662 (CanLII)	618
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company	2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55	491
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company	2010 BCSC 922 (CanLII)	653
Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company	2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545	491, 638
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	1138
Sweiss v. Alberta Health Services	2009 ABQB 691, 483 A.R. 340	368, 406
Sylvester v. British Columbia	[1997] 2 S.C.R. 315	994, 1035
Synergen Housing Co-op Ltd.	2010 CanLII 98626	745

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
T		
Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 379	578
ter Neuzen v. Korn	[1995] 3 S.C.R. 674	411
Terry v. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	233
Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3	70
Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336	1186
Thompson v. Masson	[1993] R.J.Q. 69	617
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 106	827
Thornton v. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	1184
Tracy (Guardian ad litem of) v. Instalco Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.	2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577	569
Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. v. Trans-Canada Thermographing Ltd.	SOQUIJ AZ-92021644	119
Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.	[1990] R.D.J. 500	623
U		
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	750
United Australia, Ltd. v. Barclays Bank, Ltd.	[1941] A.C. 1	521
United States v. Burgess	576 F.3d 1078 (2009)	684
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	169, 1138
United States v. Carey	172 F.3d 1268 (1999)	684
United States v. Christie	717 F.3d 1156 (2013)	684
United States v. Gooding	695 F.2d 78 (1982)	233
United States v. Price	288 F.2d 448 (1961)	1000, 1048
United States v. Sokolow	490 U.S. 1 (1989)	234
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	171, 180
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	712
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485	826
Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation	[1983] A.C. 366	522
V		
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	23
Vézeau v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 277	771
VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	(2002), 20 C.P.C. (5th) 351	571
W		
Waddell v. Governor in Council	(1983), 8 Admin. L.R. 266	826
Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes	131 S.Ct. 2541 (2011)	531
Webb v. K-Mart Canada Ltd.	(1999), 45 O.R. (3d) 389	966
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.	[2001] 2 F.C. 618	1204
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton	2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534	527, 573, 583, 627
Western Minerals Ltd. v. Gaumont	[1953] 1 S.C.R. 345	140, 149

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Whiten v. Pilot Insurance Co.	2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	1222
Woods Manufacturing Co. v. The King	[1951] S.C.R. 504	152
Woods (Re)	1997 LNBCSC 11 (QL)	914
Workers' Compensation Appeal Board v. Penney	(1980), 38 N.S.R. (2d) 623	91
Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.	[1920] A.C. 184	70
World Wide Chemicals Inc. v. Bolduc	1991 CarswellQue 1157	123
Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 952	212
Y		
Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée v. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée	[1992] R.J.Q. 2608	119
Z		
Zadvorny v. Saskatchewan Government Insurance	(1985), 38 Sask. R. 59	142, 152
Zidaric v. Toshiba of Canada Ltd.	(2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61	522

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	333
1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.	(2002), 62 O.R. (3d) 535	972
2038724 Ontario Ltd. c. Quizno's-Canada Restaurant Corp.	2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721	536
65302 British Columbia Ltd. c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 804	90
 A 		
A.K. (Re)	2011 CanLII 82907	371
Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)	2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267	182
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	927
Airedale N.H.S. Trust c. Bland	[1993] A.C. 789	405
Al Rawi c. Security Service	[2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531	18
Alaska Trainship Corp. c. Administration de pilotage du Pacifique	[1981] 1 R.C.S. 261	827
Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society	2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261	510, 566
Alberta c. Jarvis	2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154	241
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	909
Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG	(2002), 16 C.P.C. (5th) 301	590
Allard c. Cloutier	(1919), 29 B.R. 565	119
Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 R.C.S. 897	72
Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 229	1184
Arbique c. Gabriele	[1998] J.Q. n° 3794 (QL)	1196
Arnold c. Teno	[1978] 2 R.C.S. 287	1184
Association des résidents riverains de la Lièvre inc. c. Canada (Procureur général)	2006 QCCS 5661 (CanLII)	654
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140	917
Attorney General c. Blake	[2001] 1 A.C. 268	1004
Auckland Harbour Board c. The King	[1924] A.C. 318	29, 47
Authorson c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40	892
 B 		
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	358
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214	17
Baigent c. The Random House Group Ltd.	[2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24 ...	1189
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	[1999] 2 R.C.S. 817	883
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	77
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle	2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601	1004, 1051
Banque de Montréal c. Européenne de Condiments S.A.	[1989] R.J.Q. 246	854
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	85

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.	2004 CanLII 12052	611
Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 59	854
Barbour c. University of British Columbia	2010 BCCA 63, 282 B.C.A.C. 270	148
Batistatos c. Roads and Traffic Authority of New South Wales	[2006] HCA 27, 227 A.L.R. 425	18
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	70
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 ... 88, 883, 915	
Berdah c. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	624
BGI Atlantic Inc. c. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2004 NLSCTD 165, 241 Nfld. & P.E.I.R. 206	675
Bisaillon c. Keable	[1983] 2 R.C.S. 60	85
Black c. Place Bonaventure inc.	(2004), 41 C.C.P.B. 181	653
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	1138
Bonavista Cold Storage Co. c. Walters	(1959), 20 D.L.R. (2d) 744	83
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	179
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214	642
Bouchard c. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	653
Boucher c. The Queen	[1955] R.C.S. 16	23
Bourgoin c. Bell Canada inc.	2007 QCCS 6087 (CanLII)	653
Bradburn c. Great Western Railway Co.	(1874), L.R. 10 Ex. 1	1012
Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.	2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2 ^e) 215	517
Breslaw c. Montréal (Ville)	2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131	625
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 882, 1070	
British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263	571
British Columbia Securities Commission c. Bapty	2006 BCSC 638 (CanLII)	911
British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works	[1980] 2 R.C.S. 283	318
Burnac Corp. c. Les Entreprises Ludco Ltée	[1991] R.D.I. 304	117
Bywater c. Toronto Transit Commission	(1998), 27 C.P.C. (4th) 172	574
C		
California c. ARC America Corp.	490 U.S. 93 (1989)	505
Canada c. Addison & Lyeon Ltd.	2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793	859
Canada c. Craig	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489	1129
Canada (Attorney General) c. Juliar	(2000), 50 O.R. (3d) 728	851
Canada (Chambre des communes) c. Vaid	2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667	20, 876
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	915
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.	2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529	145
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2003 CAF 86 (CanLII)	1009
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	910
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1998] 1 R.C.S. 626	43
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	20, 1138
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	178, 1124

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	169
Canadian Pacific Ltée c. Gill	[1973] R.C.S. 654	1006, 1046
Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.	(2004), 236 D.L.R. (4th) 348	976
Cassano c. Toronto-Dominion Bank	2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401	983
Cassano c. Toronto-Dominion Bank	(2009), 98 O.R. (3d) 543	589
CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada	2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339	1187
Chadha c. Bayer Inc.	(2003), 63 O.R. (3d) 22	501, 973
Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.	(1992), 2 C.C.P.B. 101	1008, 1039
Chaoulli c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791	1144
Château c. Placements Germarich Inc.	[1990] R.D.J. 625	623
Child and Family Services of Central Manitoba c. R.L.	(1997), 123 Man. R. (2d) 135	407
Child and Family Services of Winnipeg c. J. A.	2003 MBCA 154, 180 Man. R. (2d) 161	32
Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. C. (M.)	(2008), 301 D.L.R. (4th) 194	368
Cholmondeley c. Clinton	(1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527	924
Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)	2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441	747
Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.	[1983] 1 R.C.S. 452	514
City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission ...	133 S. Ct. 1863 (2013)	910
CKOY Ltd. c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 2	827
Cloud c. Canada (Attorney General)	(2004), 73 O.R. (3d) 401	524, 966
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572	571
CNG Producing Co. c. Alberta (Provincial Treasurer)	2002 ABCA 207, 317 A.R. 171	149
Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît	2011 QCCA 826 (CanLII)	626
Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.	2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74	495, 638
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	148
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. ...	2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86	82
Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée	[1990] R.J.Q. 655	623
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)	2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132	903, 977
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec	[1981] 1 R.C.S. 424	623
Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société finan- cière Manuvie	2011 QCCS 3446 (CanLII)	653
Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance	[1973] R.C.S. 428	1007
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada ...	[1966] R.C.S. 767	72
Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.	(1994), 182 C.L.R. 51	495
Computer Associates International, Inc. c. Altai, Inc.	982 F.2d 693 (1992)	1190
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	913
Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson	2010 QCCA 1287, [2010] R.J.Q. 1600	1214
Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.	2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405	913

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Contino c. Leonelli-Contino	2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217	882
Conway c. Jacques	(2002), 59 O.R. (3d) 737	377
Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers (Canada) Ltd.	1998 CanLII 12603	118
Correia c. Canac Kitchens	2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353	516
Crits c. Sylvester	(1956), 1 D.L.R. (2d) 502	386
Croteau c. Air Transat A.T. inc.	2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175	652
Cunningham c. Wheeler	[1994] 1 R.C.S. 359	999, 1036
D		
D.D. (Re)	2013 CanLII 18799	378
D.W. (Re)	2011 CanLII 18217	383
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	184
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	747
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.	2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460	139
de Montigny c. Brossard (Succession)	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64	1218
Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.	(2002), 58 O.R. (3d) 339	1189
Demers c. Autorité des marchés financiers	2013 QCCA 323 (CanLII)	777, 796
Dennis (Re)	2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL)	917
Descôteaux c. Mierzwinski	[1982] 1 R.C.S. 860	683
Designers Guild Ltd. c. Russell Williams (Textiles) Ltd.	[2001] 1 All E.R. 700	1188
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	21
Divito c. Canada (Ministre de la Justice)	2004 CanLII 39111	164
Divito c. Canada (Ministre de la Justice)	2004 CanLII 46681	164
Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.	[1980] 2 R.C.S. 865	109
Doré c. Barreau du Québec	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395	178, 189
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	20
Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia ...	2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226	908
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	76, 147, 908
E		
E. (M ^{me}) c. Eve	[1986] 2 R.C.S. 388	358
E. (Re)	2009 CanLII 28625	378
E.B. (Re)	2006 CanLII 46624	378
E.J.G. (Re)	2007 CanLII 44704	370
Edwards c. The Queen	[1973] A.C. 648	438
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	168
Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 916	100
Emery c. Royal Oak Mines Inc.	(1995), 24 O.R. (3d) 302	1008
Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231	1186
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	169, 1138
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	171, 180
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	712

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
F		
Fairhurst c. Anglo American PLC	2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45	571
Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.	268 F. 575 (1920)	522
Ferneyhough c. Workers' Compensation Appeals Tribunal (N.S.) ...	2000 NSCA 121, 189 N.S.R. (2d) 76	91
Fleming c. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	357
Florida c. Harris	133 S.Ct. 1050 (2013)	241
Florida c. Jardines	133 S.Ct. 1409 (2013)	268
Ford c. F. Hoffmann-La Roche Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 758	590
Forget c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 90	835
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1985] 2 R.C.S. 455	19
Friedland (Re)	2010 BCSECCOM 654 (CanLII)	924
G		
G. (Re)	2009 CanLII 25289	370
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	518
Gauthier c. Beaumont	[1998] 2 R.C.S. 3	1212
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	78
Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	1217
Gilbert c. Attorney-General	[2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72	1014
Gilbert c. Canadian Imperial Bank of Commerce	(2004), 3 C.P.C. (6th) 35	589
Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc.	(1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1	1035
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494	919, 929
Glykis c. Hydro-Québec	2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285	826, 882
Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes	2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54	514
Golubchuk c. Salvation Army Grace General Hospital	2008 MBQB 49, 227 Man. R. (2d) 274	368, 406
Graat c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 819	290
Graham c. Baker	(1961), 106 C.L.R. 340	1014
Grand Trunk Railway c. Beckett	(1887), 16 R.C.S. 713	1007
Great Atlantic & Pacific Co. of Canada	[1994] O.L.R.B. Rep. March 303	752
Grollo c. Palmer	(1995), 184 C.L.R. 348	35
Groupe Québécois Inc. c. Grégoire	(1988), 15 Q.A.C. 113	115
Guilbert c. Vacances sans Frontière Ltée	[1991] R.D.J. 513	627
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	624
Guy c. Trizec Equities Ltd.	[1979] 2 R.C.S. 756	1007, 1046
H		
H.J. (Re)	2003 CanLII 49837	378
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	1132
Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.	(2004), 13 C.P.C. (6th) 1	525, 971
Halabi c. Becker Milk Co.	(1998), 39 O.R. (3d) 153	969
Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.	392 U.S. 481 (1968)	493, 638

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Harmegnies c. Toyota Canada inc.	2008 QCCA 380 (CanLII)	626
Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391	169
Heidary (Re)	2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959	905
Henderson c. The King	[1948] R.C.S. 226	468
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	1209
Hollick c. Toronto (Ville)	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 ...510, 566, 585, 644, 956	
Hongkong Bank of Can. c. Touche Ross & Co.	(1989), 36 B.C.L.R. (2d) 381	311
Hopkins c. Norcross plc	[1993] 1 All E.R. 565	1014
Hopp c. Lepp	[1980] 2 R.C.S. 192	356, 393
Hornby Island Trust Ctee. c. Stormwell	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 383	152
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	1129, 1189
Hubert c. Merck & Co. Inc.	2007 QCCS 3291 (CanLII)	650
Hunt c. Carey Canada Inc.	[1990] 2 R.C.S. 959	510, 566
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	168, 180, 230, 272, 670
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	72
I		
I.H.V., Re	2008 ABQB 250, 449 A.R. 211	406
Illinois Brick Co. c. Illinois	431 U.S. 720 (1977)	497, 639
Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))	C.I.J. (3 février 2012)	879
In re Criminal Code	(1910), 43 R.C.S. 434	22
In re : Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation	552 F.3d 305 (2008)	525
In Re : Linerboard Antitrust Litigation	305 F.3d 145 (2002)	530
In Re : The Conservatorship of Helga M. Wanglie	No. PX-91-283 (1991)	409
In the Matter of Baby "K"	16 F.3d 590 (1994)	409
Infineon Technologies AG c. Option consommateurs	2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600 ...491, 561	
Inglewood Pulp and Paper Co. c. New Brunswick Electric Power Commission	[1928] A.C. 492	318
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1987] 1 R.C.S. 181	1098
Irving Oil Co. c. The King	[1946] R.C.S. 551	318
Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.	(2009), 99 O.R. (3d) 358	525, 971
Islamic Republic of Iran c. Hashemi	2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567	892

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
J		
Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson	[1980] 1 R.C.S. 812	1006, 1047
Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1995] 2 C.F. 595	827
Jin c. Calgary Health Region	2007 ABQB 593, 428 A.R. 161	407
K		
K.M.S. (Re)	2007 CanLII 29956	377
Kamel c. Canada (Procureur général)	2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59	182
Kamel c. Canada (Procureur général)	2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449	182
Kerr c. Baranow	2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269	518, 569
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)	2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3	494, 563, 638
Klay c. Humana, Inc.	382 F.3d 1241 (2004)	964
Knapton c. ECC Card Clothing Ltd.	[2006] I.C.R. 1084	1014
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	49
Kuwait Airways Corp. c. Irak	2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571	880
L		
L.E.L. Marketing Ltée c. Otis	[1989] Q.J. No. 1229 (QL)	123
Laboucane c. Brooks	2003 BCSC 1247, 17 B.C.L.R. (4th) 20	83
Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.	[1964] 1 All E.R. 465	1187
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	178, 189
Landry c. Audet	2011 QCCA 535, [2011] R.J.Q. 570	1211
Lau c. Bayview Landmark Inc.	(1999), 40 C.P.C. (4th) 301	574, 585
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	683
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773	747
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113	86
Lévis (Ville) c. Tétreault	2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420	772, 801
Lewis c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 821	947
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes	[1993] 3 R.C.S. 724	916
Lindal c. Lindal	[1981] 2 R.C.S. 629	1209
Lines c. British Columbia (Securities Commission)	2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281	925
Longpré c. Thériault	[1979] C.A. 258	1199
Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée	[1997] 2 C.F. 3	1204
M		
M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961	186
M. (A.) c. Benes	(1999), 46 O.R. (3d) 271	382
M. (K.) c. M. (H.)	[1992] 3 R.C.S. 6	924
MacKinnon c. National Money Mart Co.	2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214	592
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson	[1995] 4 R.C.S. 725	16, 43
Mahesan c. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.	[1979] A.C. 374	522
Maitland Capital Ltd. (Re)	2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729	924

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Malette c. Shulman	(1990), 72 O.R. (2d) 417	357
Manco Home Systems Ltd., Re	1989 CanLII 2819.....	210
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623	926
Marcotte c. Longueuil (Ville)	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65	623
Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.	2006 QCCS 3314, [2006] R.J.Q. 2851	1215
Markson c. MBNA Canada Bank	2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321	983
Marston c. Autorité des marchés financiers	2009 QCCA 2178 (CanLII)	773
Martin c. Société Telus Communications	2010 QCCA 2376 (CanLII)	624
Mason's Case	(1756), Fost. 132, 168 E.R. 66	433
Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.	[1940] R.C.S. 218	1186
Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.	2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387	1196
McCracken c. Canadian National Railway Co.	2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745	972
McInerney c. MacDonald	[1992] 2 R.C.S. 138	386, 404
McKay c. The Queen	[1965] R.C.S. 798	186
McKechnie c. McKechnie	2005 BCCA 570, 47 B.C.L.R. (4th) 228	306
McLean (Re)	2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734	903
McMartin c. The Queen	[1964] R.C.S. 484	723
Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Manufacturing Co.	(1978), 89 D.L.R. (3d) 195	1199
Molis c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 356	785
Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser	2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902	1204
Montreal City c. Montreal Harbour Commissioners	[1926] A.C. 299	82
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	917
Moore Corp. c. Charette	(1987), 19 C.C.E.L. 277	123
Morriss c. British Columbia	2007 BCCA 337, 69 B.C.L.R. (4th) 1	306
Mulcahy c. The Queen	(1868), L.R. 3 H.L. 306	514
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	85, 500
Municipal Corporation of City of Toronto c. Virgo	[1896] A.C. 88	834
Murphy c. Welsh	[1993] 2 R.C.S. 1069	926
N		
N., Re	2009 CarswellOnt 4748	384
Nadon c. Ville d'Anjou	[1994] R.J.Q. 1823	623
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	913
National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne	(1961), 105 C.L.R. 569	1014
National Trust Co. c. Gleason	77 N.Y. 400 (1879)	522
Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 553	623
Nelles c. Ontario	[1989] 2 R.C.S. 170	23
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319	20
Nichols c. Universal Pictures Corporation	45 F.2d 119 (1930)	1188
Nielsen (Re)	2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478	924
Norberg c. Wynrib	[1992] 2 R.C.S. 226	386, 411
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616	910

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	31, 1142
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	92
Nova Scotia (Minister of Transportation and Public Works) c. Workers' Compensation Appeals Tribunal	2005 NSCA 62, 231 N.S.R. (2d) 390	91
Novak c. Bond	[1999] 1 R.C.S. 808	923
O		
OBG Ltd. c. Allan	[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1	517
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1031	329
Ontario c. Figueroa	(2003), 64 O.R. (3d) 321	32, 48
Ontario Federation of Anglers & Hunters c. Ontario (Ministry of Natural Resources)	(2002), 211 D.L.R. (4th) 741	827
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	751
Option Consommateurs c. British Airways PLC	2010 QCCS 140 (CanLII)	618
Option consommateurs c. Infineon Technologies AG	2011 QCCA 2116 (CanLII)	561
Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.	2008 QCCA 949, [2008] R.J.Q. 1350	625
Order P2010-003	745
P		
P. (D.), Re	2010 CarswellOnt 7848	378
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	700
Papeterie L'Écriteau inc. c. Barbier	[1998] J.Q. n° 5090 (QL)	119
Paré c. Rail & Water Terminal (Quebec) Inc.	[1978] 1 C.F. 23	83
Parnerkar c. La Reine	[1974] R.C.S. 449	472
Parry c. Cleaver	[1970] A.C. 1	1002, 1046
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 R.C.S. 890	71
Pearson c. Inco Ltd.	(2006), 78 O.R. (3d) 641	969
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	518, 567
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	864
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	918
Pettkus c. Becker	[1980] 2 R.C.S. 834	518
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	908
Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs	2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367	624
Phillips c. Western Company of North America	953 F.2d 923 (1992)	1000, 1048
Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 242	1196
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307	16, 86
Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association	[1983] 1 R.C.S. 498	72
Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau	[1999] R.J.Q. 1939	1194
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	827
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG	2008 BCSC 575 (CanLII)	537
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG	2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 ...	524, 561
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corp.	2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90	559

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation	2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477	555, 585, 638, 971
Q		
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	1209
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Asso- ciation	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536	78
Québec (Procureur général) c. R.C.	[2003] R.J.Q. 2027	42
Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q. 966	611
Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson	(1883), 10 R.C.S. 222	82
R		
R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	43
R. c. A.M.	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569	224, 257
R. c. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	1131
R. c. Allain	(1998), 205 R.N.-B. (2 ^e) 201	668
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	668
R. c. Arcuri	2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828	461, 712
R. c. Aucoin	2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408	270
R. c. Audet	[1996] 2 R.C.S. 171	947
R. c. Avetysan	2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745	715
R. c. Bailey	2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128	1080
R. c. Bain	[1992] 1 R.C.S. 91	46
R. c. Barrow	(2001), 54 O.R. (3d) 417	1136
R. c. Batista	2008 ONCA 804, 62 C.R. (6th) 376	939
R. c. Belnavis	[1997] 3 R.C.S. 341	267
R. c. Beyo	(2000), 47 O.R. (3d) 712	940
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	168, 180
R. c. Black and Decker Manufacturing Co.	[1975] 1 R.C.S. 411	200
R. c. Borden	[1994] 3 R.C.S. 145	241
R. c. Boudreau-Fontaine	2010 QCCA 1108 (CanLII)	682
R. c. Bramley	2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286	233, 292
R. c. Briscoe	2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411	775
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	298
R. c. Buzizi	2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248	430, 470
R. c. Cairenius	(2008), 232 C.C.C. (3d) 13	45
R. c. Cairney	2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420	460, 474
R. c. Calderon	(2004), 188 C.C.C. (3d) 481	246
R. c. Candir	2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119	715
R. c. Canning	[1986] 1 R.C.S. 991	712
R. c. Caron	2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78	17, 43
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	231
R. c. Chan	2002 ABCA 299, 317 A.R. 240	31
R. c. Charles	2012 ONSC 2001, 258 C.R.R. (2d) 33	675
R. c. Chehil	2013 CSC 49, [2013] 2 R.C.S. 220	257, 288
R. c. Chemama	2008 ONCJ 140 (CanLII)	50

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Cinous	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3	430, 445, 461, 470
R. c. Clay	2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735	1149
R. c. Clemente	[1994] 2 R.C.S. 758	936
R. c. Cole	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	675
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	229, 272
R. c. Comeau	2010 QCCQ 20939 (CanLII)	935
R. c. Côté	2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215	688
R. c. Cunningham	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331	17, 43
R. c. Demers	2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489	1145
R. c. Dinardo	2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788	292
R. c. Dow Chemical Canada Inc.	(2000), 47 O.R. (3d) 577	329
R. c. Downey	[1992] 2 R.C.S. 10	1136
R. c. E. Star International Inc.	2009 ONCJ 576 (CanLII)	675
R. c. Earle	2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123	241
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	188
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	268
R. c. F. W. Woolworth Co. Ltd.	(1974), 3 O.R. (2d) 629	774
R. c. Faid	[1983] 1 R.C.S. 265	471
R. c. Felawka	[1993] 4 R.C.S. 199	85
R. c. Felteau	2010 ONCA 821 (CanLII)	937
R. c. Fontaine	2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702	461, 470
R. c. Frieburg	2013 MBCA 40 (CanLII)	242
R. c. G.D.B.	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520	722
R. c. Gagnon	2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621	293
R. c. Gagnon	2006 YKCA 12, 230 B.C.A.C. 200	33
R. c. Gauthier	2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403	461, 470
R. c. Gauvin	(1997), 187 R.N.-B. (2 ^e) 262	164
R. c. Gibson	2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61	440
R. c. Golub	(1997), 34 O.R. (3d) 743	234
R. c. Gowing	2012 ABPC 38, 532 A.R. 312	241
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	298, 689
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609	945
R. c. Grilo	(1991), 2 O.R. (3d) 514	1136
R. c. Hall	2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309	1096
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	169, 883
R. c. Hay	2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206	710
R. c. Head	(1987), 59 C.R. (3d) 80	1136
R. c. Heaney	2013 BCCA 177 (CanLII)	940
R. c. Heywood	[1994] 3 R.C.S. 761	1145
R. c. Hibbert	[1995] 2 R.C.S. 973	776
R. c. Hibbert	2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445	712
R. c. Hinse	[1995] 4 R.C.S. 597	17
R. c. Hiscox	2002 BCCA 312, 167 B.C.A.C. 315	940
R. c. Ho	2003 BCCA 663, 190 B.C.A.C. 187	31
R. c. Hoang	2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127	241
R. c. Hoy	2010 ABQB 575, 534 A.R. 58	241
R. c. Hundal	[1993] 1 R.C.S. 867	940

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Imani	[2012] N.B.J. No. 120 (QL)	241
R. c. Jaw	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26	714
R. c. Jorgensen	[1995] 4 R.C.S. 55	782, 802
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 ...	224, 257, 287
R. c. Katigbak	2011 CSC 48, [2011] 3 R.C.S. 326	947
R. c. Keegstra	[1995] 2 R.C.S. 381	769
R. c. Khawaja	2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555	1147
R. c. Krafczyk	2011 ABQB 107, 511 A.R. 211	241
R. c. LeBlanc	(1988), 90 R.N.-B. (2 ^e) 63	938
R. c. LeBlanc	[1989] 1 R.C.S. 1583	938
R. c. Lee	(1998), 125 C.C.C. (3d) 363	45
R. c. Louison	(1975), 26 C.C.C. (2d) 266	439
R. c. Lozano	2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL)	241
R. c. M. (M.R.)	[1998] 3 R.C.S. 393	231
R. c. M. (P.S.)	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402	722
R. c. MacDonald	(2002), 166 O.A.C. 121	937
R. c. MacKenzie	2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250	225
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	1131
R. c. Mann	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 ...	231, 269, 298
R. c. Mayuran	2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162 ...	430, 445, 460, 472
R. c. McCraw	[1991] 3 R.C.S. 72	936
R. c. McNeil	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66	179
R. c. Mezzo	[1986] 1 R.C.S. 802	712
R. c. Mohamad	(2004), 69 O.R. (3d) 481	676
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	1195
R. c. Monney	[1999] 1 R.C.S. 652	231
R. c. Morales	[1992] 3 R.C.S. 711	17
R. c. Morelli	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	668
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	754, 1128
R. c. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	292
R. c. Neve	(1993), 145 A.R. 311	940
R. c. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	1096
R. c. Nguyen	2013 SKQB 36 (CanLII)	241
R. c. Nikolovski	[1996] 3 R.C.S. 1197	712
R. c. Noble	2009 MBQB 98, 247 Man. R. (2d) 6	940
R. c. Noble	2010 MBCA 60, 255 Man. R. (2d) 144	940
R. c. Nolet	2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851	268
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 R.C.S. 606	631
R. c. O'Brien	2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144	941
R. c. O'Brien	2013 CSC 2, [2013] 1 R.C.S. 7	936
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	793
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	184
R. c. Osolin	[1993] 4 R.C.S. 595	470
R. c. Pappas	2013 CSC 56, [2013] 3 R.C.S. 452	430

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Parent	2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761	464
R. c. Park	[1995] 2 R.C.S. 836	461
R. c. Patrick	2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579	243
R. c. Payette	2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289	235
R. c. Peterman	(2004), 70 O.R. (3d) 481	22
R. c. Pickton	2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198	718
R. c. Pierce	(1982), 37 O.R. (2d) 721	1134
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	676
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	20, 793
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	314
R. c. R.E.M.	2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3	272
R. c. Reitsma	[1998] 1 R.C.S. 769	712
R. c. Rémy	[1993] R.J.Q. 1383	938
R. c. Rockwood	(1989), 91 N.S.R. (2d) 305	32
R. c. Rose	[1998] 3 R.C.S. 262	17
R. c. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	22, 39
R. c. Rudnicki	[2004] R.J.Q. 2954	940
R. c. Rumbaut	1998 CanLII 9816	164
R. c. Ryan	2005 NLCA 44, 199 C.C.C. (3d) 161	32
R. c. Ryan	2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97	241
R. c. S.S.C.	2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57	1147
R. c. Samra	(1998), 41 O.R. (3d) 434	45
R. c. Sanchez	(1994), 93 C.C.C. (3d) 357	668
R. c. Schrenk	2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12	269
R. c. Shepherd	2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527	244, 275
R. c. Shiers	2003 NSCA 138, 219 N.S.R. (2d) 196	668
R. c. Simmons	[1988] 2 R.C.S. 495	231
R. c. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	225
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	1131
R. c. Squire	[1977] 2 R.C.S. 13	439
R. c. Stewart	2012 ONCJ 298 (CanLII)	1080
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	298
R. c. Stolar	[1988] 1 R.C.S. 480	726
R. c. Storrey	[1990] 1 R.C.S. 241	241
R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	1076
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	27
R. c. Thibert	[1996] 1 R.C.S. 37	435, 446, 472
R. c. Tran	2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109	279
R. c. Tran	2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350	430, 445, 463, 473
R. c. Tripodi	[1955] R.C.S. 438	437, 464
R. c. Tse	2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531	243
R. c. Turnbull	[1976] 3 All E.R. 549	712
R. c. Turpin	2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67	272
R. c. Upson	2001 NSCA 89, 194 N.S.R. (2d) 87	938
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	769, 800
R. c. Vu	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657	1080
R. c. Welsh	(1869), 11 Cox C.C. 336	432

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. White	2010 CSC 59, [2010] 3 R.C.S. 374	31, 50
R. c. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 R.C.S. 154	788
R. c. Whyte	2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317	279
R. c. Wise	[1992] 1 R.C.S. 527	267
R. c. Wong	2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342	246
R. c. Worthington	(1972), 10 C.C.C. (2d) 311	1134
R. c. Yeh	2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1	269, 291
R. c. Zack	[1999] O.J. No. 5747 (QL)	1080
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731	1155
R. c. Zurowski	2004 CSC 72, [2004] 3 R.C.S. 509	712
R. (Burke) c. General Medical Council	[2005] EWCA Civ 1003, [2005] 3 W.L.R. 1132	374
Rathwell c. Rathwell	[1978] 2 R.C.S. 436	518
Ratych c. Bloomer	[1990] 1 R.C.S. 940	1002
Re Code canadien du travail	[1992] 2 R.C.S. 50	890
Re Doctors Hospital and Minister of Health.....	(1976), 12 O.R. (2d) 164	827
Re J (a minor) (wardship : medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 614	408
Re R (a minor) (wardship : medical treatment)	[1991] 4 All E.R. 177	408
Re S.D.	[1983] 3 W.W.R. 618	358
Redpath c. Belfast and County Down Railway	(1947), N.I. 167	1005
Reference re : Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), ss. 32, 34 ...	(1987), 44 D.L.R. (4th) 501	71
Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc. ...	2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859	641
Reibl c. Hughes	[1980] 2 R.C.S. 880	356, 393
Reid c. Ford Motor Co.	2006 BCSC 712 (CanLII)	522
Reid c. Georgia	448 U.S. 438 (1980)	233
Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)	[1996] 1 R.C.S. 186	16
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	1120
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières	2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837	929
Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168	2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489	90
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	169, 751
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	16, 47
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	19
Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714	21
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	1143
Richard c. Time Inc.	2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265	1218
Risorto c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	(2007), 38 C.P.C. (6th) 373	587
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	883, 1093
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	1131
Roberge c. Bolduc	[1991] 1 R.C.S. 374	149
Robinson (Re)	2013 LNABASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII)	924
Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.	2007 QCCA 1052 (CanLII)	122
Rockert c. La Reine	[1978] 2 R.C.S. 704	1154
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	413, 1139

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	909, 1186
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	925
Rosso c. Autorité des marchés financiers	2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61	653
Rotaru c. Vancouver General Hospital Intensive Care Unit	2008 BCSC 318 (CanLII)	407
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188	85
Royal Bank of Canada c. Capital Factors Inc.	[2004] Q.J. No. 11841 (QL)	618
Rumley c. Colombie-Britannique	2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184	966
S		
S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156	750
S.S. (Re)	2011 CanLII 5000	383
Salamon c. The Queen	[1959] R.C.S. 404	438
Sauer c. Canada (Agriculture)	2008 CanLII 43774	575, 588
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)	2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519	171
Sawatzky c. Riverview Health Centre Inc.	(1998), 132 Man. R. (2d) 222	406
Scardoni c. Hawryluck	(2004), 69 O.R. (3d) 700	373
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	754, 1165
Schreiber c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269	1209
Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson	(2006), 85 O.R. (3d) 665	521
Seto (Re)	2006 BCSECCOM 569 (CanLII)	914
Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157	109, 864
Shaw c. Director of Public Prosecutions	[1962] A.C. 220	1157
Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Corporation	106 F.2d 45 (1939)	1204
Shuchuk c. Workers' Compensation Board Appeals Commission (Alta.)	2012 ABCA 50, 522 A.R. 336	154
Sincennes-McNaughton Lines, Ltd. c. Bruneau	[1924] R.C.S. 168	83
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	184
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	169
Sloas c. CSX Transportation, Inc.	616 F.3d 380 (2010)	1000
Smith c. National Money Mart Co.	(2006), 80 O.R. (3d) 81	516
Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority	[1991] 2 A.C. 502	1014
Snyder c. Montreal Gazette Ltd.	[1988] 1 R.C.S. 494	1209
Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy	2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100	861
Société canadienne de métaux Reynolds ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)	[2004] R.D.F.Q. 45	148
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada	2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326	1186
Société canadienne des postes c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles	[1999] R.J.Q. 957	72
Société canadienne des postes c. Commission de la santé et de la sécurité du travail	[1996] R.J.Q. 873	72
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch	[1986] 1 R.C.S. 549	17

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.	[2002] R.J.Q. 2639	1213
Solomon c. Québec (Procureur général)	2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127	1217
Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.	245 U.S. 531 (1918)	496
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205	618
Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique	2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609	178, 180
Starson c. Swayze	2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722	358
Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. c. M.A.	2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872	1212
Steele c. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271	587
Steele c. Toyota Canada Inc.	2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389	536
Sterling Combustion inc. c. Roco Industrie inc.	2005 QCCA 662 (CanLII)	618
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	63
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.	2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55	491
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company	2010 BCSC 922 (CanLII)	653
Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company	2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545	491, 638
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	1138
Sweiss c. Alberta Health Services	2009 ABQB 691, 483 A.R. 340	368, 406
Sylvester c. Colombie-Britannique	[1997] 2 R.C.S. 315	994, 1035
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	911
Synergen Housing Co-op Ltd.	2010 CanLII 98626	745
T		
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	750
Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 379	578
ter Neuzen c. Korn	[1995] 3 R.C.S. 674	411
Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.	2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381	20
Terry c. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	233
Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3	70
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336	1186
Thompson c. Masson	[1993] R.J.Q. 69	617
Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 106	827
Thornton c. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 R.C.S. 267	1184
Tracy (Guardian ad litem of) c. Instalcoans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.	2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577	569
Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. c. Trans-Canada Thermographing Ltd.	SOQUIJ AZ-92021644	119
Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.	[1990] R.D.J. 500	623
U		
United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.	[1941] A.C. 1	521
United States c. Burgess	576 F.3d 1078 (2009)	684
United States c. Carey	172 F.3d 1268 (1999)	684
United States c. Christie	717 F.3d 1156 (2013)	684
United States c. Gooding	695 F.2d 78 (1982)	233
United States c. Price	288 F.2d 448 (1961)	1000, 1048

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
United States c. Sokolow	490 U.S. 1 (1989)	234
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville) ...	2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485	826
Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation	[1983] A.C. 366	522
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	24
Vézeau c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 277	771
VitaPharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	(2002), 20 C.P.C. (5th) 351	571
W		
Waddell c. Governor in Council	(1983), 8 Admin. L.R. 266	826
Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes	131 S.Ct. 2541 (2011)	531
Webb c. K-Mart Canada Ltd.	(1999), 45 O.R. (3d) 389	966
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.	[2001] 2 C.F. 618	1204
Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton	2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 ...	527, 573, 583, 627
Western Minerals Ltd. c. Gaumont	[1953] 1 R.C.S. 345	140, 149
Whiten c. Pilot Insurance Co.	2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	1222
Woods Manufacturing Co. c. The King	[1951] R.C.S. 504	152
Woods (Re)	1997 LNBCSC 11 (QL)	914
Workers' Compensation Appeal Board c. Penney	(1980), 38 N.S.R. (2d) 623	91
Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.	[1920] A.C. 184	70
World Wide Chemicals Inc. c. Bolduc	1991 CarswellQue 1157	123
Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée	[1987] 1 R.C.S. 952.....	212
Y		
Yvon Beaulieu Well Drilling Ltée c. Marcel Beaulieu Puits Artésiens Ltée	[1992] R.J.Q. 2608	119
Z		
Zadvorny c. Saskatchewan Government Insurance	(1985), 38 Sask. R. 59	142, 152
Zidaric c. Toshiba of Canada Ltd.	(2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61	522

	PAGE		PAGE
I		S	
<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)		<i>Securities Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 418	
s. 87	191	s. 159	895
<i>International Transfer of Offenders Act</i> , S.C.		s. 61(6)(d)	895
2004, c. 21		<i>Supplemental Pension Plans Act</i> , R.S.Q.,	
s. 8(1)	157	c. R-15.1	
s. 10(1)(a)	157	s. 14.1	125
s. 10(2)(a)	157	s. 228.1	125
		s. 319.1	125
M		W	
<i>Marine Liability Act</i> , S.C. 2001, c. 6		<i>Workplace Health, Safety and Compensation</i>	
s. 6(2)	53	<i>Act</i> , R.S.N.L. 1990, c. W-11	
		s. 44	53
O			
O. Reg. 201/96			
s. 12.0.2	810		
P			
<i>Personal Information Protection Act</i> , S.A.			
2003, c. P-6.5	733		
<i>Personal Information Protection Act Regu-</i>			
<i>lation</i> , Alta. Reg. 366/2003	733		
<i>Police Services Act</i> , R.S.O. 1990, c. P-15			
s. 113	1053		
R			
R.R.O. 1990, Reg. 935			
s. 9	810		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Court Order Interest Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 79	
art. 1	157, 733, 1102	art. 1	301
art. 2b)	733, 1102	<i>Credit Union Incorporation Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 82	
art. 6(1)	157	art. 20	191
art. 7	1102	art. 23	191
art. 8	220, 250, 657	L	
art. 9	250	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 24(2)	250, 657	art. 91(10)	53
<i>Charte des droits et libertés de la personne</i> , L.R.Q., ch. C-12		<i>Loi de 1992 sur les recours collectifs</i> , L.O. 1992, ch. 6	
art. 49	1168	art. 5(1)d)	949
<i>Class Proceedings Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 50		<i>Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé</i> , L.O. 1996, ch. 2, ann. A	
art. 4(1)	477, 545	art. 2(1)	341
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64		art. 10(1)b)	341
art. 1425	838	art. 20	341
art. 1621	1168	art. 21	341
art. 2095	95	art. 37	341
art. 3148(3)	600	<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 ^e suppl.)	
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 87	191
art. 197(1)	1102	<i>Loi modifiant la Loi sur les régimes com- plémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives</i> , L.Q. 2008, ch. 21	
art. 210	1102	art. 21	125
art. 212(1j)	1102	<i>Loi sur la distribution de produits et services financiers</i> , L.R.Q., ch. D-9.2	
art. 213(1c)	1102	art. 482	756
art. 232	420, 452	art. 491	756
art. 264.1(1)a)	930	<i>Loi sur la protection de l'environnement</i> , L.R.O. 1990, ch. E.19	
<i>Code de procédure civile</i> , L.R.Q., ch. C-25		art. 15(1)	323
art. 1003	600		
art. 1048	600		
<i>Commercial Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 55			
art. 28	301		
<i>Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales</i> , Règl. de l'Ont. 267/10			
art. 7	1053		
art. 9	1053		

	PAGE		PAGE
W			
<i>Loi sur la responsabilité en matière maritime,</i> L.C. 2001, ch. 6		<i>Workplace Health, Safety and Compensation</i> <i>Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11</i>	
art. 6(2)	53	art. 44	53
<i>Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42</i>			
art. 35	1168		
<i>Loi sur le transfèrement international des</i> <i>délinquants, L.C. 2004, ch. 21</i>			
art. 8(1)	157		
art. 10(1)a)	157		
art. 10(2)a)	157		
<i>Loi sur les régimes complémentaires de</i> <i>retraite, L.R.Q., ch. R-15.1</i>			
art. 14.1	125		
art. 228.1	125		
art. 319.1	125		
<i>Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990,</i> <i>ch. P.15</i>			
art. 113	1053		
O			
O. Reg. 201/96			
art. 12.0.2	810		
P			
<i>Personal Information Protection Act, S.A.</i> <i>2003, ch. P-6.5</i>	733		
<i>Personal Information Protection Act Reg-</i> <i>ulation, Alta. Reg. 366/2003</i>	733		
R			
R.R.O. 1990, Règl. 935			
art. 9	810		
S			
<i>Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418</i>			
art. 159	895		
art. 161(6)d)	895		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed., vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2013, release 46).	752
Adams, George W. <i>Consultation Report of the Honourable George W. Adams, Q.C. to the Attorney General and Solicitor General Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.	1072, 1092
Adams, George W. <i>Rapport d'étude sur les réformes de l'Unité des enquêtes spéciales rédigé à l'intention du procureur général de l'Ontario par l'honorable George W. Adams, c.r.</i> Toronto : Ministère du Procureur général, 2003.	1078
Adams, George W. <i>Review Report on the Special Investigations Unit Reforms prepared for the Attorney General of Ontario by The Honourable George W. Adams, Q.C.</i> Toronto: Ministry of the Attorney General, 2003.	1078
Antitrust Modernization Commission. <i>Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations</i> . Washington, D.C.: The Commission, 2007 (online: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm).	504
Arendt, Hannah. <i>Les origines du totalitarisme</i> , t. 2, <i>L'impérialisme</i> , trad. par Martine Leiris. Paris : Fayard, 1982.	169
Arendt, Hannah. <i>The Origins of Totalitarianism</i> , new ed. London: George Allen and Unwin, 1967.	169
Ashworth, A. J. "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", [1973] <i>Crim. L.R.</i> 483.	433
Ashworth, A. J. "The Doctrine of Provocation" (1976), 35 <i>Cambridge L.J.</i> 292.	432
Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la prévention et le règlement de conflits éthiques entre les prestataires de soins de santé et les personnes recevant les soins », 1999 (en ligne : http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03F.pdf).	414
Association canadienne des soins de santé, Association médicale canadienne, Association des infirmières et infirmiers du Canada et Association catholique canadienne de la santé. « Déclaration conjointe sur la réanimation (mise à jour 1995) », 1995 (en ligne : http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD95-03F.pdf).	414
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 7 ^e éd., vol. I. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.	634, 1209
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dir. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.	854, 1209

	PAGE
Beatson, J. <i>The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution</i> . Oxford: Clarendon Press, 1991.	522
Béliveau, Nathalie-Anne, et Sébastien LeBel. « Les clauses de non-concurrence en matière d’emploi et en matière de vente d’entreprise : du pareil au même? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 338, <i>Développements récents en droit de la non-concurrence</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011, 113.	120
Benaroché, Patrick L. « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d’emploi », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 289, <i>Développements récents sur la non-concurrence</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008, 183.	120
Berenson, William M. “Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of the OAS”, in Hassane Cissé, Daniel D. Bradlow and Benedict Kingsbury, eds., <i>The World Bank Legal Review</i> , vol. 3, <i>International Financial Institutions and Global Legal Governance</i> . Washington, D.C.: World Bank, 2013, 133.	886
Berg, David. “The Limits of Friendship: the <i>Amicus Curiae</i> in Criminal Trial Courts” (2012), 59 <i>Crim. L.Q.</i> 67.	27
Bich, Marie-France. « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 197, <i>Développements récents en droit de la propriété intellectuelle</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 243.	121
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.	152, 209
Blynn, Daniel. “Cy Pres Distributions: Ethics & Reform” (2012), 25 <i>Geo. J. Legal Ethics</i> 435.	564
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Arbitration</i> . Vancouver: The Commission, 1982. ...	309
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on the Court Order Interest Act</i> . Vancouver: The Commission, 1987.	308
British Columbia. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.	537
<i>British Columbia Company Law Practice Manual</i> , 2nd ed., vol. 1. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2007.	209
British Columbia International Commercial Arbitration Centre. <i>Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure</i> . Vancouver: The Centre, 1998, Rule 37 (online: www.bcicac.com/arbitration/rules-of-procedure/domestic-commercial-arbitration-rules-of-procedure).	322
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).	154, 826
Burrows, Andrew. <i>Remedies for Torts and Breach of Contract</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. ...	1000
Campbell, Colin. <i>Administration of Income Tax 2013</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2013.	859
Canada. A <i>Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation</i> , 2004 (online: http://www.securitiescanada.org/2004_0930_mou_english.pdf).	920
Canada. Bureau de la concurrence. <i>Pour une concurrence avantageuse des médicaments génériques au Canada : Préparons l’avenir</i> . Ottawa : Le Bureau, 2008 (en ligne : http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03026.html).	816
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 4 octobre 1991, p. 3332 et suiv.	885

Canada. Chambre des communes. Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada</i> . Ottawa : Communication Canada, 2006.	1161
Canada. Commission de réforme du droit. « Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement », document de travail 28. Ottawa : La Commission, 1982.	413
Canada. Competition Bureau. <i>Benefiting from Generic Drug Competition in Canada: The Way Forward</i> . Ottawa: The Bureau, 2008 (online: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03026.html).	816
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, pp. 3332 ff.	885
Canada. House of Commons. Subcommittee on Solicitation Laws of the Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>The Challenge of Change: A Study of Canada's Criminal Prostitution Laws</i> . Ottawa: Communication Canada, 2006.	1161
Canada. Law Reform Commission. "Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment", Working Paper 28. Ottawa: The Commission, 1982.	413
Canada. <i>Protocole d'entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières</i> , 2004 (en ligne : http://www.valeursmobilières.org/2004_0930_mou_francais.pdf).	920
Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa : Information Canada, 1972.	748
Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.	748
Canada. Sénat. Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide. <i>De la vie et de la mort : Rapport du Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide</i> . Ottawa : Le Comité, 1995.	415
Canada. Senate. Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide. <i>Of Life and Death: Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide</i> . Ottawa: The Committee, 1995.	415
Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. "Joint Statement on Preventing and Resolving Ethical Conflicts Involving Health Care Providers and Persons Receiving Care", 1999 (online: http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD99-03.pdf).	414
Canadian Healthcare Association, Canadian Medical Association, Canadian Nurses Association and Catholic Health Association of Canada. "Joint Statement on Resuscitative Interventions (Update 1995)", 1995 (online: http://www.cma.ca/index.php/ci_id/33236/la_id/1.htm).	414
Canadian Institute for Health Information. <i>National Health Expenditure Trends, 1975 to 2012</i> . Ottawa: The Institute, 2012 (online: https://secure.cihi.ca/free_products/NHEXTrendsReport2012EN.pdf).	816
Canadian Judicial Council. <i>Alternative Models of Court Administration</i> . Ottawa: The Council, 2006 (online: http://www.cjc.gc.ca).	23
Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. <i>Remedies: The Law of Damages</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	998
Clermont, Benoît. « Les compilations et la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> : leur protection et leur création » (2006), 18 <i>C.P.I.</i> 219.	1190
Clewley, Gary. "Officers and the SIU" (2009), 4 <i>The Back-Up</i> 25.	1085
Coke, Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes</i> . London: Clarke, 1809 (first published 1644).	432, 1154

	PAGE
Collège des médecins et chirurgiens du Manitoba. Statement No. 1602 : « Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment », September 2007 (online : http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf).	414
College of Physicians & Surgeons of Manitoba. Statement No. 1602: “Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Treatment”, September 2007 (online: http://cpsm.mb.ca/cjj39alckF30a/wp-content/uploads/st1602.pdf).	414
College of Physicians and Surgeons of Ontario. Policy Statement #1-06: “Decision-making for the End of Life”, July 2006 (online: http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582).	414
Colombie-Britannique. Law Reform Commission. <i>Report on Arbitration</i> . Vancouver : The Commission, 1982.	309
Colombie-Britannique. Law Reform Commission. <i>Report on the Court Order Interest Act</i> . Vancouver : The Commission, 1987.	308
Colombie-Britannique. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.	537
Conseil canadien de la magistrature. <i>Modèles d’administration des tribunaux judiciaires</i> . Ottawa : Le Conseil, 2006 (en ligne : http://www.ccm.gc.ca).	23
Coss, Graeme. “‘God is a righteous judge, strong and patient: and God is provoked every day’. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England” (1991), 13 <i>Sydney L. Rev.</i> 570.	432
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal : Thémis, 2009.	140, 372, 918
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	140, 372, 918
Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. <i>Traité de droit pénal canadien</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	786
Covey, Frank M., Jr. “Amicus Curiae: Friend of the Court” (1959), 9 <i>DePaul L. Rev.</i> 30.	25
Craies, William Feilden. <i>A Treatise on Statute Law</i> , 4th ed. by Walter S. Scott. London: Sweet & Maxwell, 1936.	140
Craig, John D. R. “Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens” (1997), 42 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 355.	748
Cresp, Marie. <i>Le temps juridique en droit privé, essai d’une théorie générale</i> . Aix-en-Provence, France : Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2013.	862
Cullity, Maurice. “Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 407.	524, 975
Currie, John H., Craig Forcese and Valerie Oosterveld. <i>International Law: Doctrine, Practice, and Theory</i> . Toronto: Irwin Law, 2007.	879
Deslauriers, Jacques. <i>Vente, louage, contrat d’entreprise ou de service</i> , 2 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2013.	854
Dickens, Bernard M. “A Canadian Development: Non-Party Intervention” (1977), 40 <i>Mod. L. Rev.</i> 666.	26
<i>Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière</i> , 3 ^e éd. Toronto : Institut canadien des comptables agréés, 2011.	209
Drapeau, Michel W., and Marc-Aurèle Racicot. <i>Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013</i> . Toronto: Carswell, 2012.	744
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	88, 882, 918
Driedger, Elmer A. <i>The Construction of Statutes</i> . Toronto: Butterworths, 1974.	883
Edwards, J. L. J. <i>The Law Officers of the Crown</i> . London: Sweet & Maxwell, 1964.	22

Eizenga, Michael A., et al. <i>Class Actions Law and Practice</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2013, release 21).	526
Eizenga, Michael A., et al. <i>Class Actions Law and Practice</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated May 2013, release 22).	564
Emanuelli, Claude. <i>Droit international privé québécois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.	618
Fleming, John G. “The Collateral Source Rule and Contract Damages” (1983), 71 <i>Cal. L. Rev.</i> 56.	1018
Fontana, James A., and David Keeshan. <i>The Law of Search and Seizure in Canada</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.	675
Fox, Hazel. <i>The Law of State Immunity</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.	880
Friedmann, Daniel. “Restitution for Wrongs: The Basis of Liability”, in W. R. Cornish, et al., eds., <i>Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones</i> . Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.	522
Gardner, Daniel. <i>Le préjudice corporel</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.	1209
Gardner, Daniel. « Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations » (2012), 114 <i>R. du N.</i> 63.	1211
Gavil, Andrew I. “Thinking Outside the <i>Illinois Brick</i> Box: A Proposal for Reform” (2009), 76 <i>Antitrust L.J.</i> 167. ...	508
Gendron, François. <i>L’interprétation des contrats</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.	861
Ghestin, Jacques. « La notion de contrat » (1990), 12 <i>Droits</i> 7.	854
Glover, J. Maria. “The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law” (2012), 53 <i>Wm. & Mary L. Rev.</i> 1137.	507
Gold, Alan D. “Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches”. Paper prepared for the Law Society of Upper Canada, 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 9, 2007.	676
Good, Mathew. “Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions” (2009), 47 <i>Alta. L. Rev.</i> 185.	968
Gratton, Éloïse. <i>Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.	744
<i>Halsbury’s Laws of England</i> , 4th ed., vol. 3. London: Butterworths, 1973.	1098
<i>Halsbury’s Laws of England</i> , 4th ed. (reissue), vol. 37. London: Butterworths LexisNexis, 2001.	43
Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. “Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis” (1979), 128 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 269.	506
Hoffman, Brian F. <i>The Law of Consent to Treatment in Ontario</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.	367
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).	70
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).	182
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).	748
Hogg, Peter W. “The Brilliant Career of Section 7 of the Charter” (2012), 58 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 195.	1147
Hunt, Chris D. L. “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 <i>Queen’s L.J.</i> 167.	748

	PAGE
Jacobucci, Frank. “What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?”, in Jasminka Kalajdzic, ed., <i>Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, 17.	964
Institut canadien d’information sur la santé. <i>Tendances des dépenses nationales de santé, 1975 à 2012</i> . Ottawa : L’institut, 2012 (en ligne : https://secure.cihi.ca/free_products/NHEXTrendsReport2012FR.pdf). ...	816
International Labour Organization. <i>Report of the Director-General: Freedom of association in practice: Lessons learned</i> . Geneva: International Labour Office, 2008 (online: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096122.pdf).	751
Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 <i>Curr. Legal Probs.</i> 23.	17, 43
Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. <i>Intellectual Property: The Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.	1192
Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. <i>Pension Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.	1024, 1039
Karim, Vincent. <i>Les obligations</i> , 3 ^e éd., vol. 2. Montréal : Wilson & Lafleur, 2009.	1219
Kerr, Orin S. “Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure” (2010), 96 <i>Va. L. Rev.</i> 1241.	684
Kerr, Orin S. “Searches and Seizures in a Digital World” (2005), 119 <i>Harv. L. Rev.</i> 531.	677
Kesby, Alison. <i>The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 2012.	169
Keys, John Mark. <i>Executive Legislation</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.	826
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.	858
L’Heureux, Nicole, Édith Fortin et Marc Lacoursière. <i>Droit bancaire</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.	854
L’Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. <i>Droit de la consommation</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2011.	620
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , 5th ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: West, 2012.	684
Lafond, Pierre-Claude. <i>Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs</i> . Montréal : Thémis, 1996.	652
Landes, William M., and Richard A. Posner. “Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of <i>Illinois Brick</i> ” (1979), 46 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 602. ...	505
Landes, William M., and Richard A. Posner. “The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan” (1980), 128 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 1274.	506
Laskin, John B. “Mobility Rights under the <i>Charter</i> ” (1982), 4 <i>S.C.L.R.</i> 89.	170
LeSage, Patrick J. <i>Rapport sur des questions concernant l’UES</i> . Toronto : Ministère du Procureur général, 2011.	1074
LeSage, Patrick J. <i>Report regarding SIU Issues</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 2011.	1074
Létourneau, Gilles. <i>Code de procédure pénale du Québec : annoté</i> , 9 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.	799
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 ^e éd. Montréal : Thémis, 2012.	854, 1217
MacNeil, Michael. “Unions and the <i>Charter</i> : The Supreme Court of Canada and Democratic Values” (2003), 10 <i>C.L.E.L.J.</i> 3.	751
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).	495
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).	521, 564

Mallette, Jonathan Desjardins. <i>La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements</i> . Mémoire de maîtrise non-publié. Faculté de Droit, Université de Montréal, 2007.	18
Manitoba. Commission de réforme du droit. « Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment », Report #109, December 2003 (online : http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf).	414
Manitoba. Law Reform Commission. “Withholding or Withdrawing Life Sustaining Medical Treatment”, Report #109, December 2003 (online: http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/archives/109-full_report.pdf).	414
Manning, Morris, and Peter Sankoff. <i>Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	437, 446
Marin, André. <i>Oversight Unseen: Investigation into the Special Investigations Unit’s operational effectiveness and credibility</i> . Toronto: Ombudsman Ontario, 2008.	1071
Marin, André. <i>Une surveillance imperceptible : Enquête sur l’efficacité et la crédibilité des opérations de l’Unité des enquêtes spéciales</i> . Toronto : Ombudsman Ontario, 2008.	1071
Marks, John. “Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not” (2009), 55 <i>Wayne L. Rev.</i> 1387.	1018
Marquis, Paul-Yvan. « L’inscription de faux et la correction des actes notariés » (1990), 92 <i>R. du N.</i> 407. ...	863
<i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London: Sweet & Maxwell, 1962.	186
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.	1037
McIntyre, Owen, and Thomas Mosedale. “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law” (1997), 9 <i>J. Envtl. L.</i> 221.	333
McKeown, John S. <i>Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4th ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2013, release 4).	1191
McMeel, Gerard. <i>The Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.	212
“Memorandum — Requests for the appointment of an advocate to the court”, reproduced in Lord Goldsmith, “Advocate to the Court”, <i>Law Society Gazette</i> , February 1, 2002 (online: http://www.lawgazette.co.uk).	26
Mohan, S. Chandra. “The <i>Amicus Curiae</i> : Friends No More?”, [2010] <i>S.J.L.S.</i> 352.	25
Moore, Benoît. « Flexible contrat », dans Benoît Moore, dir., <i>Mélanges Jean-Louis Baudouin</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012, 569.	854
Moore, Benoît. <i>JurisClasseur — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile</i> , par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal : LexisNexis, 2008 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi n° 8).	854
Nations Unies. Comité des droits de l’homme. <i>Observation générale n° 32, Article 14. Droit à l’égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable</i> , Doc. N.U. CCPR/C/GC/32, 23 août 2007.	892
Nations Unies. Comité des droits de l’homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l’homme au titre du paragraphe 4 de l’article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 27 (67), CCPR/C/21, rev. 1, add. 9, 2 novembre 1999.	170
Nations Unies. Commission du droit international. « Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », dans <i>Rapport de la Commission à l’Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session</i> , Doc. N.U. A/35/10, publié dans <i>Annuaire de la Commission du droit international 1980</i> , vol. II, deuxième partie. New York : Nations Unies, 1981, 134.	879

	PAGE
<i>New Oxford Dictionary of English</i> . Oxford: Clarendon Press, 1998, “preventive”, “therapeutic”.	364
O’Connor, Kevin J. “Is the <i>Illinois Brick Wall Crumbling?</i> ” (2001), 15:3 <i>Antitrust</i> 34.	507
Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. <i>Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons</i> . Vienne : Nations Unies, 2012.	175
Ogus, A. I. <i>The Law of Damages</i> . London: Butterworths, 1973.	998
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats (Hansard)</i> , 2 ^e sess., 34 ^e lég., 17 mai 1990, p. 1318.	1072
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats (Hansard)</i> , n ^{os} 13, 19 et 23, 2 ^e sess., 39 ^e lég., 12, 21 et 28 avril 2010.	822
Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. <i>Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993.	1081
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.	968
Ontario. <i>Commission d’enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport</i> , vol. 3, <i>Politique et recommandations</i> , par Stephen T. Goudge. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008.	1131
Ontario. <i>Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report</i> , vol. 3, <i>Policy and Recommendations</i> , by Stephen T. Goudge. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.	1131
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Class Actions</i> , vol. I. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.	966
Ontario. Legislative Assembly. <i>Hansard — Official Report of Debates</i> , No. 41, 1st Sess., 33rd Parl., November 7, 1985, p. 1446.	829
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates (Hansard)</i> , 2nd Sess., 34th Parl., May 17, 1990, p. 1318.	1072
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates (Hansard)</i> , Nos. 13, 19 and 23, 2nd Sess., 39th Parl., April 12, 21 and 28, 2010.	822
Ontario. Race Relations and Policing Task Force. <i>The Report of the Race Relations and Policing Task Force</i> . Toronto: The Task Force, 1989.	1071
Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario. Policy Statement #1-06 : « Decision-making for the End of Life », July 2006 (online : http://www.cpso.on.ca/policies/policies/default.aspx?ID=1582).	414
Organisation de coopération et de développement économiques. <i>Panorama de la santé 2009 : Les indicateurs de l’OCDE</i> . Paris : OCDE, 2009 (en ligne : http://www.oecd-ilibrary.org/fr/social-issues-migration-health/panorama-de-la-sante-2009_health_glance-2009-fr).	816
Organisation for Economic Co-operation and Development. <i>Health at a Glance 2009: OECD Indicators</i> . Paris: OECD, 2009 (online: http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2009_health_glance-2009-en).	816
Organisation internationale du travail. <i>Rapport du directeur général : Liberté d’association : enseignements tirés de la pratique</i> . Genève : Bureau international du Travail, 2008 (en ligne : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096123.pdf).	751
Orkin, Mark M. <i>Legal Ethics</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2011.	1098
Osborne, Philip H. <i>The Law of Torts</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	517
Parent, Hugues. <i>Traité de droit criminel</i> , t. 1, 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 2008.	437, 789
Parent, Hugues. <i>Traité de droit criminel</i> , t. 2, 2 ^e éd. Montréal : Thémis, 2007.	788

Perillo, Joseph M. “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 <i>San Diego L. Rev.</i> 705.	1018
Picard, Ellen I., and Gerald B. Robertson. <i>Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.	386, 415
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Québec : Publications du Québec, 1986.	140
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 ^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.	854
Plachta, Michal. <i>Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation</i> . Freiburg im Breisgau, Germany: Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.	175
Preuss, Lawrence. “The International Organizations Immunities Act” (1946), 40 <i>Am. J. Int’l L.</i> 332.	886
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 40, n ^o 65, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 2 avril 2008.	136
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission des affaires sociales</i> , vol. 40, n ^o 52, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 3 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi n ^o 68 — <i>Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d’autres dispositions législatives</i>	136
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques</i> , vol. 41, n ^o 47, 1 ^{re} sess., 39 ^e lég., 26 novembre 2009, p. 20-21.	797
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.	110
Rayner, Wesley B. <i>Canadian Collective Bargaining Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	752
Régimbald, Guy. <i>Canadian Administrative Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	826
Reith, Charles. <i>The Blind Eye of History: a study of the origins of the present Police era</i> . Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1975.	1077
Renke, Wayne N. “Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation” (2009), 47 <i>Alta. L. Rev.</i> 729.	434
Robinton, Lily R. “Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights the Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence” (2010), 12 <i>Yale J.L. & Tech.</i> 311.	676
Romney, Paul. <i>Mr Attorney: The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet, and Legislature 1791-1899</i> . Toronto: Osgoode Society, 1986.	22
Roubier, Paul. <i>Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.	140
Royce, Sylvia. “International Prisoner Transfer” (2009), 21 <i>Federal Sentencing Reporter</i> 186.	175
Rubenstein, William B. <i>Newberg on Class Actions</i> , 5th ed. Eagan, Minn.: West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).	963
Rubin, Gerald. “The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law” (1960), 6 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 168.	1127
Salhany, Roger E. <i>Report of the Taman Inquiry into the Investigation and Prosecution of Derek Harvey-Zenk</i> . Winnipeg: Taman Inquiry, 2008.	1081
Salhany, Roger E. <i>The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation</i> , 7th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.	1082
Sands, Philippe, and Pierre Klein. <i>Bowett’s Law of International Institutions</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson, 2009.	888

	PAGE
Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123.	238, 270
Shapiro, Jonathan. “Confusion and Dangers in Lowering the <i>Hunter</i> Standards” (2008), 55 C.R. (6th) 396.	242
Sharpe, Robert J., and Kent Roach. <i>The Charter of Rights and Freedoms</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.	170
Sproat, John R. <i>Wrongful Dismissal Handbook</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.	1027
<i>Stedman’s Medical Dictionary</i> , 28th ed. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins, 2006, “extubation”.	385
Stewart, Hamish. <i>Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Irwin Law, 2012.	1147
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.	437, 447
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	140, 186, 314, 362, 826, 882, 918, 1093
Swan, Angela, and Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	864, 1019
Tanovich, David M. “A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles” (2008), 55 C.R. (6th) 379.	246
Tarantino, Bob. “‘I’ve Got This Great Idea for a Show. . .’ — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals” (2004), 17 <i>I.P.J.</i> 189.	1190
Teplitsky, Martin. “Standard of review of administrative adjudication: ‘What a tangled web we weave . . .’” (2013), <i>Advocates’ Soc. J./J. plaideurs</i> 3.	908
Thimmesch, Adam. “Beyond Treble Damages: <i>Hanover Shoe</i> and Direct Purchaser Suits After <i>Comes v. Microsoft Corp.</i> ” (2005), 90 <i>Iowa L. Rev.</i> 1649.	507
<i>Trésor de la langue française informatisé</i> (en ligne), « préventif », « thérapeutique ».	364
United Nations. Human Rights Committee. <i>General Comment No. 32, Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial</i> , U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007.	892
United Nations. Human Rights Committee. “General Comments Adopted by the Human Rights Committee under article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment No. 27 (67), CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 9, November 2, 1999.	170
United Nations. International Law Commission. “Jurisdictional immunities of States and their property”, in <i>Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session</i> , U.N. Doc. A/35/10, published in <i>Yearbook of the International Law Commission 1980</i> , vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1981, 137.	879
United Nations Office on Drugs and Crime. <i>Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons</i> . Vienna: United Nations, 2012.	175
Van Cott, Charles C. “Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer” (1983), 35 <i>Stan. L. Rev.</i> 763.	508
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	1187
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.	640, 1000
Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. “ <i>Illinois Brick</i> and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis” (1984), 35 <i>Hastings L.J.</i> 629.	507
Willis, John. “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 1.	915
Young, Hilary. “Why Withdrawing Life-Sustaining Treatment Should Not Require ‘ <i>Rasouli</i> Consent’” (2012), 6:2 <i>M.J.L.H./R.D.S.M.</i> 54.	392

AIC Limited *Appellant*

v.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,
Lawrence Dykun, Ray Shugar
and Wayne Dzeoba** *Respondents*

- and -

CI Mutual Funds Inc. *Appellant*

v.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,
Lawrence Dykun, Ray Shugar
and Wayne Dzeoba** *Respondents*

INDEXED AS: AIC LIMITED v. FISCHER

2013 SCC 69

File No.: 34738.

2013: April 18; 2013: December 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

Civil procedure — Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).

A group of mutual fund managers were the subject of an investigation conducted by the Ontario Securities Commission (“OSC”) into “market timing”, a practice which was alleged to have caused long-term investors

AIC Limitée *Appelante*

c.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,
Lawrence Dykun, Ray Shugar
et Wayne Dzeoba** *Intimés*

- et -

CI Mutual Funds Inc. *Appelante*

c.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,
Lawrence Dykun, Ray Shugar
et Wayne Dzeoba** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : AIC LIMITÉE c. FISCHER

2013 CSC 69

N° du greffe : 34738.

2013 : 18 avril; 2013 : 12 décembre.

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

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

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l’instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l’indemnité versée aux investisseurs par suite de l’instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

Un groupe de gestionnaires de fonds mutuels étaient visés par une enquête menée par la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») sur l’« arbitrage sur la valeur liquidative », une pratique

to suffer losses in the value of their investments. The fund managers ultimately entered into agreements with the OSC that paid investors millions in settlement. The settlement agreements anticipated and did not preclude the possibility of civil proceedings against the mutual fund managers. Following the settlement agreements, the investors applied to certify a class action against the fund managers relating to the same market timing conduct. The motion judge found that a class action was not a preferable procedure and denied certification. The Divisional Court reversed the motion judge and granted certification. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's result.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal focuses on one branch of the statutory requirement for certification, the requirement that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d). The question is whether the proposed class proceeding, as compared to the non-litigation OSC proceedings, is preferable from the point of view of providing access to justice. It is clear that the preferability requirement is broad enough to take into account all reasonably available means of resolving the class members' claims including avenues of redress other than court actions. In assessing preferability, the court must look at the common issues in the context of the action as a whole. However, the court cannot engage in a detailed assessment of the merits or likely outcome of the class action or any alternatives to it. The party seeking certification of a class action must show some basis in fact for each of the certification requirements.

The preferability inquiry has to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice, but the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals. Access to justice is an important goal of class proceedings. Within the proper scope of the certification process, both substantive and procedural aspects must be assessed in determining whether a class action is the preferable procedure. A class action will serve the goal of access to justice if: (1) there are access to justice

qui aurait fait baisser la valeur des placements d'investisseurs à long terme. Les gestionnaires de fonds ont fini par conclure des ententes de règlement avec la CVMO en exécution desquelles ils ont versé des millions de dollars aux investisseurs. Les ententes envisageaient la possibilité de poursuites civiles contre les gestionnaires de fonds mutuels; elles n'y faisaient pas obstacle. Postérieurement aux ententes de règlement, les investisseurs ont demandé la certification d'un recours collectif visant les gestionnaires de fonds et reposant sur les mêmes actes d'arbitrage sur la valeur liquidative. Le juge saisi de la motion a conclu que le recours collectif n'était pas le meilleur moyen et a refusé de le certifier. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision et accordé la certification. La Cour d'appel a confirmé la conclusion de la Cour divisionnaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi porte sur l'un des critères de certification établis par la loi, à savoir « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes » (*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d)). La question est celle de savoir si le recours collectif projeté constitue un meilleur moyen de régler les questions en cause, dans l'optique de l'accès à la justice, que l'instance non judiciaire devant la CVMO. Il est clair que le critère du meilleur moyen est assez large pour englober tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires. Dans l'analyse relative au meilleur moyen, le tribunal doit considérer les questions communes dans le contexte général de l'action. Or, le tribunal ne saurait à cette étape procéder à l'appréciation détaillée du bien-fondé du recours collectif ou des autres voies de droit ou de leur issue probable. Il incombe à la partie qui cherche à faire certifier un recours collectif d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification.

L'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice, mais la question à laquelle il faut ultimement répondre est celle de savoir s'il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs. L'accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. Dans la mesure permise à l'étape de la certification, l'analyse servant à déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen doit porter à la fois sur le fond et sur la

concerns that a class action could address; and (2) these concerns remain even when alternative avenues of redress are considered. To determine whether both of these elements are present, it may be helpful to address a series of questions. These questions must not be considered in isolation or in a specific order, but should inform the overall comparative analysis.

The first question is: what are the barriers to access to justice? There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The individual claims are not large enough to support viable individual actions. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this. Although generally the most common barrier to access to justice is an economic one; they can also be psychological or social in nature. A common procedural barrier is that there is no other procedure available to afford meaningful redress.

The second question is: what is the potential of the class proceedings to address those barriers? This analysis is not made in isolation, but within the comparative analysis, for the purpose of assessing the class proceedings' potential to address the access to justice concerns in comparison to the alternative procedure's ability to do so. Even though a class action is a procedural tool, achieving substantive results is one of its underlying goals. Consideration of its capacity to overcome barriers to access to justice should take account of both the procedural and substantive dimensions of access to justice. In this case, the proposed class action addresses both barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims.

The third question is: what are the alternatives to class proceedings? The motions court must look at all

forme. Le recours collectif permet de réaliser l'objectif d'accès à la justice si (1) il existe des préoccupations à ce sujet auxquelles ce type d'action peut remédier et (2) ces préoccupations subsistent lorsque d'autres voies de droit sont envisagées. Pour établir si ces deux conditions sont remplies, il peut être utile de poser une série de questions. Elles ne sauraient être examinées isolément, ni dans un certain ordre, mais elles devraient éclairer une analyse comparative globale.

La première question est la suivante : quels sont les obstacles à l'accès à la justice? Deux obstacles potentiels à l'accès à la justice se dressent en l'espèce. Le premier, d'ordre financier, est lié à la nature de la demande. Le montant des demandes individuelles est trop modeste pour qu'un recours individuel soit viable. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu'il n'existe peut-être pas d'autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d'exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d'un groupe pouvant compter plus d'un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l'action en justice classique ne sert pas l'accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural. Si, en règle générale, l'obstacle à l'accès à la justice le plus fréquent est d'ordre financier, il peut également être d'ordre psychologique ou social. L'impossibilité d'exercer tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

La deuxième question est la suivante : dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles? Cette analyse ne s'effectue pas en vase clos, mais s'inscrit dans l'analyse comparative et vise à confronter le recours collectif aux autres moyens, eu égard à leur capacité respective de répondre aux préoccupations en matière d'accès à la justice. Bien qu'il s'agisse d'un instrument de procédure, le recours collectif a, entre autres, pour objet sous-jacent de procurer des résultats positifs quant au fond. Dans l'évaluation de la capacité de ce type de recours d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice, il faut prendre en compte la dimension procédurale et la dimension substantielle de la notion d'accès. En l'espèce, le recours collectif proposé élimine ces deux obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu'il serait autrement impossible pour des raisons d'ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable.

La troisième question est la suivante : quels autres moyens y a-t-il? Le tribunal saisi de la motion doit

the alternatives globally in order to determine to what extent they address the barriers to access to justice posed by the particular claim. There is no realistic litigation alternative in this case. The only alternative procedure that was advanced is the OSC proceedings and settlement agreements, the results of which are already known.

The fourth question is: to what extent do the alternatives address the relevant barriers to access to justice? The question is whether the alternative has the potential to provide effective redress for the substance of the claims and to do so in a manner that accords suitable procedural rights.

The last question is: how do the two proceedings compare? In comparing the two proceedings, the motions court must determine whether, on the record before it, the class action has been shown to be the preferable procedure to address the specific procedural and substantive access to justice concerns in a case. The court must also, to the extent possible within the proper scope of the certification hearing, consider the costs as well as the benefits of the proposed class proceeding in relation to those of the proposed alternative procedure.

In answering the last two questions in this case, investor participation in the process leading to compensation is an important factor to consider and one that weighs heavily in favour of finding that the class proceeding meets the preferability requirement in this case. The regulatory nature of, and the limited participation rights for investors in the OSC proceedings, coupled with the absence of information about how the OSC staff assessed investor compensation support the conclusion that significant procedural access to justice concerns remain which the proposed class action can address. Moreover, the focus and nature of the OSC process reinforce the concerns about whether substantial access to justice was achieved. The substantive outcome of the OSC proceedings cannot be dismissed as irrelevant to the question of whether the OSC proceedings addressed the access to justice barrier that is present in this case or whether the way in which it did so suggests that the class proceeding is not the preferred alternative.

However, the substantive outcome of the OSC proceedings and their impact on the preferability analysis must be examined through the appropriate evidentiary lens. In the rather unusual circumstances of this case, where the OSC proceedings have run their course and the results of those proceedings are known, the comparative analysis cannot ignore the question of whether a cost-benefit analysis supports the contention that the proposed

examiner de façon globale les autres moyens et déterminer s'ils permettent d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice que soulève la demande. Il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. La seule autre voie de droit évoquée est l'instance devant la CVMO et les règlements intervenus, dont l'issue est connue.

La quatrième question est la suivante : dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice? Il s'agit de déterminer si l'autre moyen permettra de régler utilement les demandes quant au fond tout en assurant la possibilité d'exercer des droits procéduraux adéquats.

La dernière question est la suivante : quel est le résultat de la comparaison des deux instances? Dans l'exercice de comparaison, le tribunal saisi de la motion doit déterminer, au vu de la preuve, s'il a été démontré que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les préoccupations relatives à l'accès à la justice, sur le plan de la procédure et sur le plan du fond. Il doit aussi, sans outrepasser le cadre de l'audience sur la certification, comparer les coûts et les avantages du recours collectif projeté à ceux de l'autre moyen proposé.

En réponse aux deux dernières questions en l'espèce, il faut mentionner que la participation des investisseurs à la procédure menant à l'indemnisation constitue un facteur important, qui milite fortement en faveur de la conclusion que le recours collectif satisfait au critère du meilleur moyen en l'espèce. La nature réglementaire de l'instance devant la CVMO et les droits de participation limités qu'elle offrait aux investisseurs, conjugués à l'absence d'information sur les calculs effectués par son personnel en vue de l'indemnisation des investisseurs, étayaient la conclusion qu'il subsiste d'importants obstacles à l'accès à la justice sur le plan procédural auxquels le recours collectif peut remédier. Par ailleurs, l'objet et la nature de la procédure devant la CVMO accentuent les préoccupations en matière d'accès à la justice sur le plan du fond. On ne peut conclure que l'issue concrète de cette instance ne joue pas pour déterminer si cette voie de droit a permis de lever l'obstacle à l'accès à la justice en l'espèce ou s'il en ressort que le recours collectif n'est pas le meilleur moyen.

Toutefois, l'issue concrète de l'instance devant la CVMO et son effet sur l'analyse relative au meilleur moyen doivent être examinés à la lumière des normes de preuve applicables. Les circonstances de l'espèce sont plutôt inhabituelles, car l'issue de l'instance devant la CVMO est connue. L'analyse comparative doit donc aborder la question de savoir si l'examen des coûts et des avantages étaye la thèse selon laquelle le recours

class proceeding is the preferable way to address the claims here. The record in this case, which shows in detail the results of the completed proposed alternative proceedings, also shows that substantive access to justice concerns still remain. Further, there is no reason to believe that potential additional recovery would be consumed by the costs of the proceedings. The investors provided an appropriate basis to support the view that the class action proceeding would overcome access to justice barriers that subsisted after the completion of the OSC proceedings and that a cost-benefit analysis supported the conclusion that the class proceedings were the preferable proceeding for the investors to pursue their claims. The motion judge in this case erred in principle in his analysis and this justified appellate intervention in his exercise of discretion to refuse certification. The correct legal principles support the decision to certify the proposed class action.

Cases Cited

Applied: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; **referred to:** *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (2004); *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Pearson v. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641; *Halabi v. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 535, aff'd (2004), 70 O.R. (3d) 182; *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. vi; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *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, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiv.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. app., r. 23(b)(3).

collectif est le meilleur moyen de régler les réclamations. La preuve présente l'issue de l'autre voie de droit en détail et révèle qu'il subsiste des préoccupations relatives à l'accès à la justice quant au fond. En outre, il n'y a aucune raison de croire que les coûts du recours annuleraient le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés. Les investisseurs ont bien étayé l'opinion que le recours collectif permettrait d'écartier les obstacles à l'accès à la justice subsistant après l'instance devant la CVMO et qu'à la lumière d'un examen des coûts et des avantages, il s'agit du meilleur moyen de faire valoir les demandes des investisseurs. L'analyse du juge saisi de la motion est entachée d'erreurs de principe. En conséquence, la révision en appel de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la certification est justifiée. Les bons principes juridiques applicables étayaient la décision de certifier le recours collectif projeté.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés :** *Klay c. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (2004); *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Pearson c. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641; *Halabi c. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 535, conf. par (2004), 70 O.R. (3d) 182; *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. vi; *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *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, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiv.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. app., règle 23(b)(3).

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127.

Authors Cited

- Cullity, Maurice. “Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407.
- Good, Mathew. “Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions” (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185.
- Iacobucci, Frank. “What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?”, in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, 17.
- 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*, vol. I. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.
- Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn.: West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O., Epstein J.A. and Pardu J. (*ad hoc*)), 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, 287 O.A.C. 148, 346 D.L.R. (4th) 598, 15 C.P.C. (7th) 81, [2012] O.J. No. 343 (QL), 2012 CarswellOnt 635, affirming a decision of Molloy, Swinton and Herman JJ., 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615, 276 O.A.C. 84, 6 C.P.C. (7th) 139, [2011] O.J. No. 562 (QL), 2011 CarswellOnt 800, setting aside in part a decision of Perell J., 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205, [2010] O.J. No. 112 (QL), 2010 CarswellOnt 135. Appeal dismissed.

James D. G. Douglas, David Di Paolo and Margot Finley, for the appellant AIC Limited.

Benjamin Zarnett, Jessica Kimmel and Melanie Ouanounou, for the appellant CI Mutual Funds Inc.

- Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).
- Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127.

Doctrine et autres documents cités

- Cullity, Maurice. « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407.
- Good, Mathew. « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification : Exploring the Goals of Canadian Class Actions » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185.
- Iacobucci, Frank. « What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2011, 17.
- 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*, vol. I. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1982.
- Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn. : West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Winkler, la juge Epstein et la juge Pardu (*ad hoc*)), 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, 287 O.A.C. 148, 346 D.L.R. (4th) 598, 15 C.P.C. (7th) 81, [2012] O.J. No. 343 (QL), 2012 CarswellOnt 635, qui a confirmé une décision des juges Molloy, Swinton et Herman, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615, 276 O.A.C. 84, 6 C.P.C. (7th) 139, [2011] O.J. No. 562 (QL), 2011 CarswellOnt 800, qui avait infirmé en partie une décision du juge Perell, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205, [2010] O.J. No. 112 (QL), 2010 CarswellOnt 135. Pourvoi rejeté.

James D. G. Douglas, David Di Paolo et Margot Finley, pour l’appelante AIC Limitée.

Benjamin Zarnett, Jessica Kimmel et Melanie Ouanounou, pour l’appelante CI Mutual Funds Inc.

Allan C. Hutchinson, Peter R. Jervis, Joel P. Rochon and Remissa Hirji, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Overview

[1] In order to have a proposed class action certified, the plaintiff must show that there is some basis in fact to conclude that a class proceeding would be the preferable procedure for resolution of the common issues raised in the action: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (“CPA”), s. 5(1)(d). The main question on appeal in this proposed investor class action is whether it meets this preferability requirement given that settlement payments were made to investors following proceedings conducted by the Ontario Securities Commission (“OSC”).

[2] The issue is a thorny one: each of the three levels of court in the proceedings leading to this appeal adopted significantly different approaches. The motion judge found that a class action was not a preferable procedure and denied certification. Given the OSC’s restitutionary mandate, he held that it was not for the court to second-guess the access to justice provided to investors through the settlements or to give much weight to the difference between the mandate and processes of the OSC compared to the courts. The Divisional Court reversed the motion judge and granted certification. Its analysis focused on the level of recovery in the regulatory proceeding as compared to the quantum of damages claimed in the class action. The comparison led the court to conclude that substantial recovery could still be achieved by way of the class action. The OSC proceedings could therefore not be preferable to the proposed class action. The Court of Appeal upheld the Divisional Court’s result, but for substantially different reasons. The Court of Appeal focused on comparing the class members’ procedural rights in class proceedings with the regulatory nature and limited participatory rights of investors in the OSC proceedings. As the Court of Appeal put it, the

Allan C. Hutchinson, Peter R. Jervis, Joel P. Rochon et Remissa Hirji, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Aperçu

[1] Pour faire certifier un recours collectif, le demandeur doit établir un certain fondement factuel permettant de conclure qu’il s’agit du meilleur moyen de régler les questions communes en cause (*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6 (« LRC »), al. 5(1)d)). La principale question que pose le présent pourvoi est celle de savoir si, compte tenu de l’indemnité versée aux investisseurs par suite de l’instance introduite devant la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO »), le recours collectif projeté satisfait au critère du meilleur moyen.

[2] La question est épineuse; les trois juridictions qui se sont prononcées ont tenu des raisonnements très différents. Le juge saisi de la motion a conclu que le recours collectif n’était pas le meilleur moyen de régler les questions communes et il a refusé de le certifier. Selon lui, vu le mandat de la CVMO en matière de restitution, il n’était pas loisible au tribunal de remettre en question l’accès à la justice que représentent pour les investisseurs les règlements intervenus ou d’attacher beaucoup d’importance aux éléments qui distinguent le mandat et la procédure de la CVMO de ceux d’une cour de justice. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision et accordé la certification. Son analyse a comparé le montant de l’indemnité versée à l’issue de la procédure réglementaire à celui des dommages-intérêts réclamés dans le cadre du recours collectif. Cette comparaison l’a amenée à conclure que ce dernier pouvait encore permettre le recouvrement d’une somme substantielle. Par conséquent, l’instance devant la CVMO ne pouvait se révéler préférable au recours collectif projeté. La Cour d’appel a confirmé cette conclusion, mais pour des motifs sensiblement différents. Son raisonnement procédait d’une comparaison entre les

preferable procedure inquiry must “focus on the underlying purpose and nature of the alternative proceeding as compared with the class proceeding. . . . The *CPA* mandates that this must be a procedural discussion”: 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, at para. 79.

[3] The focus of this appeal is on the question of whether the proposed class proceeding, as compared to the OSC proceedings, is preferable from the point of view of providing access to justice. The case provides an opportunity for this Court to elaborate the analytical approach to this question under the *CPA*, building on the Court’s judgment in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158.

[4] I agree with the Divisional Court and the Court of Appeal that the motion judge erred in principle in his analysis and that this justified appellate intervention in his exercise of discretion to refuse certification. As I see it, the correct legal principles support those courts’ decision to certify the proposed class action. I would therefore dismiss the appeal. However, for reasons that I will develop, I also conclude that the preferability analysis is not solely focused on procedural considerations but must, within the proper scope of the certification process, consider both substantive and procedural aspects.

II. Facts and Proceedings

A. *Overview of the Facts*

[5] The appellants are two of the mutual fund managers who were the subject of an investigation conducted by the OSC into “market timing”, a practice which was alleged to have caused long-term investors to suffer losses in the value of their

droits procéduraux dont jouissent les membres d’un groupe ayant intenté un recours collectif, d’une part, et la nature réglementaire d’une instance devant la CVMO ainsi que les droits de participation limités qu’elle offre aux investisseurs, d’autre part. Comme la Cour d’appel l’indique, l’analyse visant à déterminer le meilleur moyen doit [TRADUCTION] « s’attacher à la nature et à l’objectif sous-jacents de l’autre voie de droit et les comparer à ceux du recours collectif. [. . .] La *LRC* exige qu’un tel examen englobe l’aspect procédural » (2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, par. 79).

[3] La principale question qui se pose en l’espèce est de savoir si le recours collectif projeté constitue un meilleur moyen de régler les questions en cause, dans l’optique de l’accès à la justice, que l’instance devant la CVMO. Le présent pourvoi fournit à notre Cour l’occasion d’approfondir la démarche analytique que commande cette question intéressant la *LRC* et qu’elle a empruntée dans l’arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158.

[4] Je conviens avec la Cour divisionnaire et la Cour d’appel que l’analyse du juge saisi de la motion est entachée d’erreurs de principe. En conséquence, la révision en appel de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la certification est justifiée. À mon avis, les bons principes juridiques applicables étayaient la décision de ces cours de certifier le recours collectif projeté. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi. Toutefois, pour les motifs que j’expose plus loin, je suis également d’avis que l’analyse relative au meilleur moyen ne saurait être uniquement axée sur des considérations d’ordre procédural et qu’elle doit tenir compte également de considérations de fond, dans la mesure permise à l’étape de la certification.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits*

[5] Les appelantes sont deux gestionnaires de fonds mutuels visés par l’enquête de la CVMO sur l’« arbitrage sur la valeur liquidative », une pratique qui aurait fait baisser la valeur des placements d’investisseurs à long terme. L’enquête de la

investments. The OSC probe focused on whether the fund managers had taken reasonable steps to protect the funds from harm that could arise from frequent trading market timing, rather than on the “market timers” whose activities directly caused harm to the fund. The fund managers ultimately entered into settlement agreements with the OSC. The appellants AIC Limited and CI Mutual Funds Inc. paid respectively \$58.8 million and \$49.3 million to their investors as a result of those agreements: motion decision, at para. 94. The settlement agreements anticipated and did not preclude the possibility of civil proceedings against the appellants. The investors who received payments from the appellants are more or less the same people who would ultimately form the class in this proposed class action against the appellants.

[6] Following the settlement agreements, the respondents applied to certify a class action against the fund managers relating to the same market timing conduct. The action alleged, among other things, that the managers had breached their fiduciary duty to investors and had been negligent by failing to take steps to curb market timing activities. (Although the proposed class action originally named five fund managers as defendants, the claims against three of them have settled so that the appellants in this Court are the only remaining defendants.)

B. *Decision on Certification Motion: Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205 (Perell J.)*

[7] The judge identified the common issues raised by the proposed class proceeding as being whether the defendants (including the appellants in this Court) had fiduciary duties or duties of care to the proposed class members, and if so whether they had breached those duties. It was common ground on the certification motion that the OSC proceedings and settlement agreements did not bar the claims advanced in the action.

CVMO cherchait à déterminer si les gestionnaires de fonds avaient pris des mesures raisonnables contre le préjudice pouvant résulter de fréquents arbitrages sur la valeur liquidative. Elle ne portait pas sur les auteurs des opérations, dont les actions avaient directement causé le préjudice aux fonds. Les gestionnaires de fonds ont fini par conclure des ententes de règlement avec la CVMO. En exécution de ces ententes, les appelantes, AIC Limitée et CI Mutual Funds Inc. ont respectivement versé 58,8 et 49,3 millions de dollars à leurs investisseurs (décision relative à la motion, par. 94). Les ententes envisageaient la possibilité de poursuites civiles contre les appelantes; elles n’y faisaient pas obstacle. Le groupe de demandeurs participant au recours collectif projeté contre les appelantes serait en gros formé des investisseurs à qui une indemnité avait été versée.

[6] Postérieurement aux ententes de règlement, les intimés ont demandé la certification d’un recours collectif visant les gestionnaires de fonds et reposant sur les mêmes actes d’arbitrage sur la valeur liquidative. Dans le cadre du recours, les intimés avançaient notamment que les gestionnaires avaient manqué à leur obligation fiduciaire envers les investisseurs et avaient fait preuve de négligence en ne prenant pas de mesure pour restreindre les arbitrages. (Le recours collectif projeté visait initialement cinq gestionnaires de fonds, mais trois d’entre eux ont conclu un règlement de sorte que les appelantes demeurent les seules défenderesses.)

B. *Décision relative à la motion en vue de la certification (Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205 (le juge Perell))*

[7] Selon le juge saisi de la motion, les questions communes consistaient à savoir si les défenderesses (dont les appelantes devant la Cour) avaient une obligation fiduciaire ou une obligation de diligence envers les membres du groupe projeté et, dans l’affirmative, si elles y avaient manqué. Il n’était pas contesté que l’instance devant la CVMO et les ententes de règlement ne faisaient pas obstacle aux demandes formulées dans le recours.

[8] The main contested issue in the motion was whether the proposed action would be the preferable procedure to resolve the common issues having regard to the purposes of class proceedings: judicial economy, behaviour modification and access to justice. The judge noted that if the class action were the preferable procedure, it should be certified conditional on the court approving a litigation plan.

[9] The judge focused his preferability analysis on access to justice. There was no dispute that the OSC proceedings and settlement agreements had achieved the goal of behaviour modification, and the judge concluded that if they had achieved access to justice, then they had also served the goal of judicial economy. The motion judge based his conclusion that the proposed class action was not the preferable procedure solely on the existence of the OSC proceedings and settlement agreements. This conclusion followed from two key findings: first, that the OSC proceedings and settlement agreements were properly part of the preferable procedure analysis; and second, that the OSC proceedings were a “genuine alternative that serve[d] the purposes of a class proceeding; namely, access to justice, behaviour modification, and judicial economy” (para. 234). The judge accepted the defendants’ submission that the court “should not second-guess the access to justice provided by the OSC once the court was satisfied that the OSC’s purpose was to obtain restitutionary compensation for the harm suffered by the investors and the process to do so was adequate” (para. 256). He reached these conclusions in spite of his finding “that there [was] some basis in fact for the Plaintiffs’ submission that the investors may not have been fully compensated as a result of the OSC settlement agreements” (para. 101).

[10] The motion judge therefore denied certification.

[8] À l’étape de la motion, le débat a principalement porté sur la question de savoir si, au regard des objectifs que vise le recours collectif, soit l’économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice, il s’agissait du meilleur moyen de régler les questions communes. Selon le juge, si c’était le cas, il fallait certifier le recours, sous réserve de l’approbation d’un plan pour l’instance par le tribunal.

[9] C’est dans l’optique de l’accès à la justice que le juge a procédé à l’analyse relative au meilleur moyen. Il n’était pas contesté que l’instance devant la CVMO et les ententes de règlement avaient permis d’atteindre l’objectif de modification comportementale, et le juge a considéré que si elles avaient également permis de favoriser l’accès à la justice, elles auraient du même coup servi l’objectif d’économie des ressources judiciaires. En tenant compte uniquement de l’existence de l’instance devant la CVMO et des ententes de règlement, il a jugé que le recours collectif projeté n’était pas le meilleur moyen. Ce raisonnement découlait de deux conclusions importantes. Suivant la première, l’instance devant la CVMO et les ententes de règlement devaient entrer en ligne de compte dans l’analyse relative au meilleur moyen. Suivant la seconde, l’instance devant la CVMO avait offert [TRADUCTION] « une véritable autre voie de droit qui permet[tait] d’atteindre les objectifs d’un recours collectif, à savoir l’accès à la justice, la modification des comportements et l’économie des ressources judiciaires » (par. 234). Il a retenu l’argument des défenderesses selon lequel le tribunal, « dès lors qu’il est convaincu que la CVMO cherchait à obtenir la réparation du préjudice subi par les investisseurs et que la procédure était adéquate, ne devrait pas remettre en question l’accès à la justice qu’offre l’instance devant la CVMO » (par. 256). Et ce, même s’il avait par ailleurs conclu « que l’argument des demandeurs selon lequel les ententes de règlement n’ont peut-être pas indemnisé intégralement les investisseurs repos[ait] sur un certain fondement factuel » (par. 101).

[10] Le juge saisi de la motion a donc refusé de certifier le recours collectif.

C. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615 (Molloy J., Swinton and Herman JJ. Concurring)*

[11] The Divisional Court found the motion judge’s analysis of the preferability requirement to be in error in three respects: “(1) he failed to apply the proper low evidentiary burden on the plaintiffs at [the certification] stage; (2) he improperly found that the already completed OSC proceeding was a preferable proceeding for the remaining portion of the plaintiffs’ claims going forward; and (3) he erred in law by considering criteria for approval of a settlement at the certification stage” (para. 33). The court therefore allowed the appeal and certified the class action.

D. *Court of Appeal for Ontario, 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498 (Winkler C.J.O., Epstein J.A. and Pardu J. (ad hoc) Concurring)*

[12] The Court of Appeal dismissed the appeal. It found that although the Divisional Court had not asked itself the right questions, it nonetheless came to the right result. In its view, the Divisional Court should not have focused on whether the OSC settlements provided investors with all or substantially all of the monetary relief they sought: this was an error because, at the certification stage, the amount that would be recoverable in the proposed class proceeding remains unknown, and thus there is no way of determining if the compensation was “substantial” (para. 77). Further, such a determination would be tantamount to making a finding on the merits of the case, which would be a marked departure from the evidentiary burden that applies on a motion for certification. The court was rather of the view that the preferable procedure inquiry had to focus on the purpose and nature of the alternative proceedings as compared with the class proceedings.

[13] The Court of Appeal thought that important procedural distinctions between the OSC proceedings and the proposed class proceeding supported the conclusion that a class proceeding was preferable for resolving the class members’ claims in this case. First, the OSC’s jurisdiction under

C. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, Cour divisionnaire, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615 (la juge Molloy, avec l’accord des juges Swinton et Herman)*

[11] La Cour divisionnaire a relevé trois erreurs dans l’analyse du juge saisi de la motion : [TRADUCTION] « (1) il n’a pas appliqué la norme de preuve peu exigeante à laquelle les demandeurs doivent satisfaire à [l’]étape [de la certification]; (2) il a conclu à tort que l’instance devant la CVMO, qui avait pris fin, était le meilleur moyen de régler le reste des revendications des demandeurs; et (3) il a commis une erreur de droit en prenant en compte les critères d’approbation d’un règlement à l’étape de la certification » (par. 33). La cour a donc accueilli l’appel et certifié le recours collectif.

D. *Cour d’appel de l’Ontario, 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498 (le juge en chef Winkler avec l’accord des juges Epstein et Pardu (ad hoc))*

[12] La Cour d’appel a rejeté l’appel, estimant que la Cour divisionnaire était parvenue au bon résultat sans toutefois poser les bonnes questions. Selon la première, la seconde avait fait erreur en s’attachant à savoir si les ententes de règlement conclues par la CVMO représentaient la totalité ou la quasi-totalité du montant de la mesure du redressement pécuniaire réclamée par les investisseurs. À l’étape de la certification, la somme qu’il sera possible de recouvrer étant inconnue, il n’est par conséquent pas possible de déterminer si l’indemnisation était [TRADUCTION] « quasi totale » (par. 77). En outre, tirer pareille conclusion équivaudrait à statuer sur le fond du litige, ce qui constituerait un écart marqué par rapport au fardeau de preuve applicable en matière de certification. La cour a plutôt jugé que, dans le cadre de l’analyse relative au meilleur moyen, il fallait comparer les objectifs et la nature des autres voies de droit et du recours collectif.

[13] La Cour d’appel était d’avis que les différences procédurales importantes entre l’instance devant la CVMO et le recours collectif projeté permettaient de conclure que ce dernier constituait le meilleur moyen de régler les demandes des membres du groupe. Premièrement, l’art. 127 de la *Loi*

s. 127 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, was regulatory, not compensatory and, as a result, the remedial powers available to the OSC were insufficient to enable it to fully address the class members' claims. Second, the OSC proceedings did not provide comparable rights of participation to the affected investors, which was an important access to justice consideration.

III. Brief Summary of the Positions of the Parties

[14] The appellants complain that the Court of Appeal wrongly equated access to justice with access to court-like procedures to the neglect of other important considerations and that it erroneously focused on theoretical considerations rather than the actual results achieved by the OSC proceedings. These fundamental flaws, the appellants say, led the Court of Appeal into a number of other errors. It wrongly focused on the fact that the OSC jurisdiction is regulatory and not compensatory. It erred in its assessment of investor participation in the OSC proceedings. It failed to take into account the no-fault, timely and no-cost aspects of the OSC process, and the impartiality and independence of the OSC. The appellants also argue that the Court of Appeal simply substituted its own discretion for that of the motion judge, contrary to the applicable standard of review.

[15] The respondents submit that the Court of Appeal appropriately focused its analysis on the importance of participatory rights coupled with the limited scope and nature of the OSC's jurisdiction and remedial powers, rather than the outcome of the OSC proceedings. The respondents contend that participation is at the heart of the concept of access to justice. They submit that given the lack of basic procedural rights to investors in the OSC proceedings, the non-binding nature of the settlements, as well as the non-disclosure of how the

sur les valeurs mobilières de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5, confère à la CVMO une compétence d'ordre réglementaire, et non pas une compétence en matière d'indemnisation, de sorte qu'elle ne dispose pas de pouvoirs de redressement suffisants pour lui permettre de faire droit à la totalité des demandes des membres du groupe. Deuxièmement, l'instance devant la CVMO n'accorde pas aux investisseurs de droits de participation comparables à ceux que leur permettrait d'exercer un recours collectif, une importante considération d'accès à la justice.

III. Résumé des positions des parties

[14] Les appelantes reprochent à la Cour d'appel d'avoir confondu accès à la justice avec accès à une instance quasi judiciaire au détriment d'autres éléments importants. Elles prétendent aussi qu'elle se serait attachée à tort à des questions théoriques plutôt qu'aux résultats concrets de l'instance devant la CVMO. Selon les appelantes, de ces vices fondamentaux auraient découlé d'autres erreurs. Ainsi, la Cour aurait trop insisté sur le fait que la CVMO exerce des pouvoirs d'ordre réglementaire, non pas des pouvoirs d'indemnisation. Elle aurait mal apprécié la participation des investisseurs à l'instance devant la CVMO. Elle n'aurait tenu compte ni du fait que le régime offert par la CVMO est rapide et sans frais et n'exige pas que la faute soit démontrée, ni de l'impartialité et de l'indépendance de cet organisme. Les appelantes soutiennent en outre que la Cour d'appel a simplement substitué son propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge saisi de la motion, en contravention à la norme de contrôle applicable.

[15] Pour leur part, les intimés font valoir que la Cour d'appel a axé à juste titre son analyse sur l'importance des droits de participation et sur la portée et la nature limitées de la compétence et des pouvoirs de redressement de la CVMO, plutôt que sur le résultat de l'instance devant cet organisme. Ils soutiennent que la participation est au cœur de la notion d'accès à la justice. Étant donné que les investisseurs ne jouissent d'aucun droit procédural fondamental devant la CVMO, que les ententes de règlement n'ont pas force exécutoire et que les

settlement agreements were achieved, the compensation received by investors was arbitrary and partial and was in no way preferable to a class action.

IV. Analysis

A. *Introduction*

[16] The appeal focuses on one branch of the statutory requirement for certification, the requirement that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”: *CPA*, s. 5(1)(d). In the circumstances of this case, the question of preferability boils down to quite a narrow issue because there is substantial agreement on a number of points. There is no longer any dispute that the proposed class action meets all of the requirements for certification except for the disputed element of whether it is the preferable procedure. With regard to that requirement, it is no longer disputed that the class action would be a fair, efficient and manageable proceeding or that it would be preferable to any litigation alternatives. It is also common ground that to assess whether the class action would be preferable to any other alternative method of resolving the class members’ claims, the court compares the competing possibilities through the lens of the goals of behaviour modification, judicial economy and access to justice, bearing in mind, of course, that the ultimate question is whether the statutory requirement of preferability has been established. There is also no dispute that the appeal turns on how well the two proceedings can provide access to justice for the investors. This is so because the parties acknowledge that there is no other litigation alternative, that the OSC proceedings accomplished the purpose of behaviour modification, and the motion judge found that either proceeding would serve the goal of judicial economy, a finding that is not contested before this Court.

[17] While in general all three goals of class action procedures must be weighed in the balance, in the specific circumstances of this case, the question is

pourparlers qui les ont précédées sont demeurés secrets, l’indemnité versée aux investisseurs est arbitraire et partielle et ne saurait être préférable au recours collectif.

IV. Analyse

A. *Introduction*

[16] Le pourvoi porte sur l’un des critères de certification établis par la loi, à savoir « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes » (*LRC*, al. 5(1)d)). Dans les circonstances de l’espèce, la question de savoir s’il s’agit du meilleur moyen est assez précise, vu que les parties s’entendent dans une large mesure sur plusieurs points. Il est à présent admis que le recours collectif projeté satisfait aux autres critères de certification. Quant au critère du meilleur moyen, qui fait l’objet du litige, nul ne conteste plus que le recours collectif constituerait une procédure juste, efficace et pratique ni qu’il serait préférable à toute autre voie de droit judiciaire. Les parties s’entendent également pour dire que le tribunal chargé de déterminer si le recours collectif serait préférable à toute autre voie extrajudiciaire pour régler les demandes des membres du groupe doit passer les possibilités au crible des objectifs que sont la modification des comportements, l’économie des ressources judiciaires et l’accès à la justice. Ce faisant, le tribunal doit, bien sûr, garder à l’esprit que la question fondamentale est de savoir s’il a été satisfait au critère légal du meilleur moyen. Il n’est en outre pas contesté que le pourvoi vise à déterminer lequel des deux moyens favorise le plus l’accès à la justice des investisseurs. Telle est la question parce que les parties reconnaissent que le recours collectif est la seule voie judiciaire possible, que l’instance devant la CVMO a permis d’atteindre l’objectif de modification des comportements et que le juge saisi de la motion a conclu que l’une ou l’autre option servirait l’objectif d’économie des ressources judiciaires. Cette conclusion n’est pas contestée dans le présent pourvoi.

[17] En général, les trois objectifs du recours collectif doivent être soupesés. Or, dans les circonstances particulières de l’espèce, il s’agit de

whether, from an access to justice perspective, certification should be denied on account of results already obtained in a non-litigation proceeding before the OSC.

[18] I will begin my analysis by outlining the main threads of the jurisprudence dealing with the preferability requirement with particular reference to cases in which it has been argued that some form of non-court, alternative dispute resolution was a preferable procedure to a proposed class action. I will then develop what, in my opinion, is the correct analytical approach to this issue and apply it to this case.

B. *The Preferability Requirement — Overview of the Principles*

(1) Statutory Provision

[19] The starting point is the relevant statutory provision. Section 5(1)(d) of the *CPA* requires the court to conclude that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”. (See the attached Appendix for s. 5(1) *CPA* reproduced in full.) Although this provision could be read as requiring a procedure that is capable of producing a formal resolution of the common issues, that reading was rejected by the Court in *Hollick*. McLachlin C.J., writing for the Court, made clear that the preferability requirement is broad enough to take into account “all reasonably available means of resolving the class members’ claims” including avenues of redress other than court actions (para. 31). An alternative process need not necessarily decide the precise legal and/or factual questions raised by the common issues provided that it effectively resolves the class members’ claims. This broad understanding of the preferability requirement is critical in cases like this one in which individual court actions are not a viable option.

[20] This understanding of the role of non-litigation alternatives in the comparative analysis under the *CPA*’s preferable procedure criterion is different from its American counterpart under the

déterminer, dans une perspective d’accès à la justice, s’il y a lieu de refuser la certification par suite de l’issue de l’instance extrajudiciaire devant la CVMO.

[18] J’expose d’abord les grandes lignes que trace la jurisprudence relative au critère du meilleur moyen, en m’attardant tout particulièrement aux affaires où un mode de règlement extrajudiciaire des différends était présenté comme étant préférable à un recours collectif. J’explique ensuite la démarche analytique à suivre en l’espèce selon moi et l’applique aux faits de l’espèce.

B. *Le critère du meilleur moyen — survol des principes*

(1) Disposition législative

[19] Commençons par la disposition législative applicable. L’alinéa 5(1)d) de la *LRC* requiert que le tribunal conclue que « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes ». (Le paragraphe 5(1) est reproduit intégralement à l’annexe.) Bien que cette disposition puisse sembler exiger un moyen susceptible de mener au règlement formel des questions communes, la Cour rejette à l’unanimité cette interprétation dans *Hollick*. La juge en chef McLachlin y indique clairement que le critère du meilleur moyen est assez large pour englober « tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe », notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires (par. 31). Dans la mesure où l’autre moyen permet de régler les demandes des membres du groupe, il n’est pas nécessaire qu’il tranche les aspects juridiques ou factuels précis des questions communes. Cette conception large du critère du meilleur moyen revêt une importance capitale dans les affaires où, comme en l’espèce, l’action en justice individuelle ne constitue pas une solution viable.

[20] Cette manière d’envisager le rôle des voies extrajudiciaires dans l’analyse comparative que requiert le critère du meilleur moyen prévu à la *LRC* diffère de celle que prévoient les dispositions

U.S. federal class action regime. The language of Rule 23 of the U.S. *Federal Rules of Civil Procedure* provides that the court must, among other things, satisfy itself “that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy”: 28 U.S.C. app., r. 23(b)(3). This wording invites a comparison between the class action and other forms of court action, and has tended to limit reliance on comparison with non-judicial alternatives: see W. B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions* (5th ed. 2011) (WL), at § 4:86.

- (2) In Assessing Preferability, the Court Looks at the Common Issues in the Context of the Action as a Whole

[21] In order to determine whether a class proceeding would be the preferable procedure for the “resolution of the common issues”, those common issues must be considered in the context of the action as a whole and “must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole”: *Hollick*, at para. 30. McLachlin C.J. in *Hollick* accepted the words of a commentator to the effect that in comparing possible alternatives with the proposed class proceeding, “it is important to adopt a practical cost-benefit approach to this procedural issue, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court”: para. 29, citing W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (loose-leaf 1998, release 4), at para. 4.690.

- (3) The Preferable Procedure Analysis Considers the Extent to Which the Proposed Class Action Serves the Goals of Class Proceedings

[22] In *Hollick*, McLachlin C.J. indicated that the preferability inquiry had to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice (para. 27). This should not be construed as creating a requirement to prove that the proposed class action will *actually* achieve those goals in a specific case. Thus, when

fédérales américaines en matière de recours collectif. Aux termes de la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis, le tribunal doit notamment être convaincu que [TRADUCTION] « le recours collectif est supérieur à toute autre méthode pour trancher le litige de façon juste et efficace » (28 U.S.C. app., r. 23(b)(3)). Cette formulation invite à confronter le recours collectif à d’autres types de recours judiciaires et a généralement eu pour effet de limiter les comparaisons avec des voies de droit extrajudiciaires (voir W. B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions* (5^e éd. 2011) (WL), § 4:86).

- (2) Dans l’analyse relative au meilleur moyen, le tribunal examine les questions communes dans le contexte de l’action dans son ensemble

[21] Pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de « régler les questions communes », il faut considérer ces dernières dans le contexte général de l’action et en « examiner l’importance [. . .] par rapport à l’ensemble des revendications » (*Hollick*, par. 30). Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin approuve le commentaire d’un observateur affirmant que, dans la comparaison du recours collectif avec d’autres voies de droit possibles, [TRADUCTION] « il importe de recourir à une analyse pratique tenant compte des coûts et des avantages et de prendre en considération l’incidence d’un recours collectif sur les membres du groupe, les défendeurs et le tribunal » (par. 29, citant W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (feuilles mobiles 1998, envoi n° 4), par. 4.690).

- (3) L’analyse relative au meilleur moyen détermine dans quelle mesure le recours collectif projeté permet la réalisation des objectifs de ce type de recours

[22] Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin indique que l’analyse relative au meilleur moyen s’effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l’économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice (par. 27). On n’entend pas par là qu’il faille prouver que le recours collectif projeté réalisera *effectivement* ces objectifs dans

undertaking the comparative analysis, courts must focus on the statutory requirement of preferability and not impose on the representative plaintiff the burden of proving that all of the beneficial effects of the class action procedure will in fact be realized.

[23] This is a comparative exercise. The court has to consider the extent to which the proposed class action may achieve the three goals of the *CPA*, but the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals. This point is well expressed in one U.S. Federal Court of Appeals judgment and it applies equally to *CPA* proceedings: “Our focus is not on the convenience or burden of a class action suit *per se*, but on the relative advantages of a class action suit over whatever other forms of litigation [and, I would add, dispute resolution] might be realistically available to the plaintiffs”: *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004), at p. 1269, cited in Rubenstein, at § 4:85, fn. 2.

C. Access to Justice as a Goal of Class Proceedings

[24] There is no doubt that access to justice is an important goal of class proceedings. But what is access to justice in this context? It has two dimensions, which are interconnected. One focuses on process and is concerned with whether the claimants have access to a fair process to resolve their claims. The other focuses on substance — the results to be obtained — and is concerned with whether the claimants will receive a just and effective remedy for their claims if established. They are interconnected because in many cases defects of process will raise doubts as to the substantive outcome and defects of substance may point to concerns with the process. As the Honourable Frank Iacobucci put it, “access to justice must contain both a procedural and a substantive component. I find it difficult to accept that providing injured parties with a process to pursue their claims can be

un cas donné. En conséquence, dans son analyse comparative, le tribunal doit s’en tenir au critère légal du meilleur moyen et s’abstenir d’imposer au représentant des demandeurs le fardeau de prouver que tous les avantages du recours collectif se matérialiseront dans les faits.

[23] Il s’agit d’un exercice comparatif. Le tribunal doit certes examiner dans quelle mesure le recours collectif projeté permet la réalisation des trois objectifs de la *LRC*, mais la question à laquelle il doit ultimement répondre est celle de savoir s’il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs. Un arrêt de la Cour d’appel fédérale des États-Unis exprime bien cette nuance, qui vaut également pour la *LRC* : [TRADUCTION] « L’analyse ne porte pas sur les avantages ou les difficultés du recours collectif en soi, mais sur les avantages relatifs d’un tel recours par rapport aux autres types de recours judiciaires [et j’ajouterais : de règlement des différends] dont les demandeurs peuvent réellement se prévaloir en pratique » (*Klay c. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004), p. 1269, cité dans Rubenstein, § 4:85, note de bas de page 2).

C. L’accès à la justice comme objectif du recours collectif

[24] L’accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. Mais en quoi consiste-t-il dans le contexte qui nous occupe? Il comporte deux dimensions interreliées. L’une intéresse la procédure et la question de savoir si les demandeurs disposent d’une voie équitable de règlement de leurs réclamations. L’autre intéresse le droit substantiel — l’issue recherchée — et la question de savoir s’ils obtiendront une réparation juste et adéquate si le bien-fondé des réclamations est établi. Ces deux dimensions sont interreliées, car, dans bien des cas, des vices de forme soulèvent des doutes sur l’issue quant au fond et des vices de fond peuvent susciter des questions à propos de la procédure. Comme l’explique l’honorable Frank Iacobucci : [TRADUCTION] « . . . l’accès à la justice doit comporter un aspect procédural et un aspect substantiel. Je conçois mal qu’on puisse mettre à

divorced from ensuring that the ultimate remedy arising from the process provides substantive justice where warranted”: “What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?”, in J. Kalajdzic, ed., *Assessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, at p. 20. While it may be analytically convenient to look at process and substance considerations separately, this must not be done at the expense of an overall assessment of the access to justice implications of the proposed class action.

[25] The Divisional Court focused its access to justice analysis on substance, relying heavily on its conclusion that there was some basis in fact to believe that the investors were entitled to significantly more than they had received from the OSC proceedings (paras. 4 and 8). The Court of Appeal, on the other hand, focused mainly on process, relying heavily on considerations such as participation rights and remedial jurisdiction. The correct approach, however, must include both substantive and procedural aspects in assessing whether a class action is the preferable procedure. The focus cannot be exclusively on process: a process may be fair but nonetheless not offer a real opportunity to recover compensation for all of the losses suffered. In other words, in some cases even if the process is fair, there will remain significant obstacles to recovery. In addition, an absence of a fair process may also heighten concerns about whether substantive justice has or will be done. Of course, as we shall see, consideration of these aspects must respect the limited scope of the certification process.

[26] A class action will serve the goal of access to justice if (1) there are access to justice concerns that a class action could address; and (2) these concerns remain even when alternative avenues of redress are considered: *Hollick*, at para. 33. To determine whether both of these elements are present, it may be helpful to address a series of questions. These

la disposition de parties lésées une procédure leur permettant de faire valoir leurs prétentions sans veiller à ce qu'elle débouche sur une juste réparation au fond si celle-ci est justifiée » (« What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », dans J. Kalajdzic, dir., *Assessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, p. 20). Bien qu'il soit peut-être commode sur le plan analytique d'étudier séparément la procédure et le fond, on ne doit pas le faire au détriment d'une évaluation globale des répercussions du recours collectif projeté sur le plan de l'accès à la justice.

[25] La Cour divisionnaire a axé son analyse relative à l'accès à la justice sur l'aspect substantiel. Elle s'est fondée dans une large mesure sur sa conclusion selon laquelle un certain fondement factuel permettait de croire que les investisseurs avaient droit à une réparation considérablement supérieure à ce qu'ils avaient obtenu devant la CVMQ (par. 4 et 8). La Cour d'appel, quant à elle, a plutôt mis l'accent sur l'aspect procédural, son analyse faisant principalement intervenir des facteurs comme les droits de participation et les pouvoirs de réparation. Or, la démarche à suivre pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen doit porter à la fois sur le fond et sur la forme. On ne saurait s'attacher exclusivement à la procédure : une voie de droit peut être équitable sans néanmoins permettre véritablement au demandeur d'être indemnisé de toutes les pertes subies. Autrement dit, il arrive parfois que subsistent des obstacles importants à l'indemnisation malgré une voie de droit équitable. Qui plus est, l'absence d'une voie de droit équitable risque de faire douter que justice a été rendue ou le sera au fond. Bien sûr, ainsi que nous le verrons, l'analyse de ces éléments doit respecter la portée restreinte du processus de certification.

[26] Le recours collectif permet de réaliser l'objectif d'accès à la justice si (1) il existe des préoccupations à ce sujet auxquelles ce type d'action peut répondre et (2) ces préoccupations subsistent lorsque d'autres voies de droit sont envisagées (*Hollick*, par. 33). Pour établir si ces deux conditions sont remplies, il peut être utile de se

questions must not be considered in isolation or in a specific order, but should inform the overall comparative analysis. I will set out the questions and comment briefly on each.

(1) What Are the Barriers to Access to Justice?

[27] The sorts of barriers to access to justice may vary according to the nature of the claim and the make-up of the proposed class. They may relate to either or both of the procedural and substantive aspects of access to justice. The most common barrier is an economic one, which arises when an individual cannot bring forward a claim because of the high cost that litigation would entail in comparison to the modest value of the claim. However, barriers are not limited to economic ones: they can also be psychological or social in nature. They may arise from such factors as the ignorance of the availability of substantive legal rights (Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, vol. I (1982) (“OLRC Report”), at p. 127), ignorance of the fact that significant injuries have occurred (OLRC Report, at pp. 127-28), limited language skills (see e.g. Rubenstein, at § 4:65), elderly age of the claimants (see e.g. *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.)), frail emotional or physical state of the claimants (see e.g. *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184), fear of reprisals by the defendant (OLRC Report, at p. 128; see e.g. *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (S.C.J.)), or alienation from the legal system as a result of negative experiences with it (OLRC Report, at pp. 128-29). A common procedural barrier is that there is no other procedure available to afford meaningful redress.

(2) What Is the Potential of the Class Proceedings to Address Those Barriers?

[28] The next question concerns the potential of the proposed class action to address the barriers to access to justice which have been identified in the particular case. This analysis is not made in

poser une série de questions. Elles ne sauraient être examinées isolément, ni dans un certain ordre, mais elles devraient éclairer une analyse comparative globale. Un bref commentaire accompagne l'énoncé de chacune d'elles.

(1) Quels sont les obstacles à l'accès à la justice?

[27] Le type d'obstacles varie selon la nature de la demande et la composition du groupe projeté. Ils peuvent intéresser l'aspect procédural ou l'aspect substantiel de l'accès à la justice ou les deux. L'obstacle le plus fréquent est d'ordre financier. Il surgit lorsque les frais élevés d'une action en justice et les sommes modestes en jeu empêchent de s'adresser aux tribunaux. Toutefois, les obstacles ne sont pas que financiers; ils peuvent également être d'ordre psychologique ou social et découler de facteurs comme l'ignorance des droits substantiels susceptibles d'être exercés (Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions*, vol. I (1982) (« Rapport de la CRDO »), p. 127), l'ignorance de l'existence d'un préjudice important (Rapport de la CRDO, p. 127-128), des compétences linguistiques limitées (voir, p. ex., Rubenstein, § 4:65), l'âge avancé des demandeurs (voir, p. ex., *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.)), une santé psychologique ou physique fragile (voir, p. ex., *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184), la crainte de représailles de la part du défendeur (Rapport de la CRDO, p. 128; voir, p. ex., *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (C.S.J.)), et l'aliénation découlant de démêlés avec la justice (Rapport de la CRDO, p. 128-129). L'impossibilité d'intenter tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

(2) Dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles?

[28] La question suivante intéresse la capacité du recours collectif d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice dans une affaire donnée. L'analyse qu'elle commande ne s'effectue pas en vase clos,

isolation, but within the comparative analysis, for the purpose of assessing the class proceedings' potential to address the access to justice concerns in comparison to the alternative procedure's ability to do so.

[29] A class action may allow class members to overcome economic barriers “by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members . . . [and thus] making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own”: *Hollick*, at para. 15. It may also allow claimants to overcome psychological and social barriers through the representative plaintiff who provides guidance and takes charge of the action on their behalf.

[30] Through these procedural mechanisms, a class action provides access to the courts for class members. Thus, it is a “procedural tool” (*Hollick*, at para. 15): it does not guaranty results for class members.

[31] That being said, class proceedings exist not only to provide access to a procedure, but also to substantive results. The OLRC Report considered the various barriers to litigation and how class actions could play a role in overcoming those barriers. There is no doubt that achieving results for class members was at the heart of these discussions:

In the preceding sections, the Commission has examined the importance of providing increased access to the courts for persons who wish to pursue existing remedies but are unable to do so. The Commission is of the view that many claims are not individually litigated, not because they are lacking in merit or unimportant to the potential claimant, but because of economic, social, and psychological barriers. We believe that class actions can help to overcome such barriers and, by providing increased access to the courts, may perform an important function in society. Quite clearly, effective access to justice is a precondition to the exercise of all other legal rights.

Moreover, empirical evidence indicates that class actions do, in fact, provide access to justice for a broader

mais s’inscrit dans l’analyse comparative et vise à confronter le recours collectif aux autres moyens, eu égard à leur capacité respective de répondre aux préoccupations en matière d’accès à la justice.

[29] Le recours collectif peut permettre aux membres du groupe de surmonter l’obstacle d’ordre financier « en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe [. . .] [et ainsi] en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement » (*Hollick*, par. 15). Il peut aussi permettre de surmonter les obstacles d’ordre psychologique ou social par le truchement du représentant, qui informe les membres du groupe et dirige le recours pour leur compte.

[30] Par ces mécanismes procéduraux, le recours collectif donne aux membres du groupe accès aux tribunaux. En cela, il s’agit d’un « instrument de procédure » (*Hollick*, par. 15) : il ne leur garantit pas le résultat escompté.

[31] Cela dit, le recours collectif a pour objet d’offrir non seulement une voie de droit, mais également un résultat positif quant au fond. Le rapport de la CRDO abordait les divers obstacles à l’action en justice ainsi que la solution que le recours collectif pourrait représenter. Il ne fait aucun doute qu’une issue positive pour les membres tenait une large place dans l’analyse :

[TRADUCTION] Dans les sections précédentes, on a vu qu’il importe de faciliter l’accès aux tribunaux aux justiciables qui voudraient exercer un recours qui leur est reconnu mais qui ne sont pas en mesure de le faire. La Commission estime que nombre d’actions individuelles ne sont pas intentées, non pas qu’elles ne soient pas fondées ou ne revêtent pas d’importance aux yeux du demandeur, mais en raison d’obstacles d’ordre financier, social ou psychologique. Nous croyons que le recours collectif peut aider à lever ces obstacles et, en améliorant l’accès aux tribunaux, remplir une fonction sociale importante. De toute évidence, un accès réel à la justice est préalable à l’exercice de tout autre droit juridique.

En outre, il est empiriquement établi que le recours collectif rend effectivement la justice accessible à un

range of persons. The evidence suggests that individuals are interested in pursuing their claims by means of a class action. In addition, class actions seeking damages do confer a significant monetary benefit, notwithstanding the deduction of lawyers' fees and administrative costs. [Reference omitted; p. 139.]

[32] The *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990) ("*Report of the Attorney General*") also acknowledged the underlying goal of class proceedings of providing redress for class members in its opening lines:

A class action is . . . a procedural mechanism that is intended to provide an efficient means to achieve redress for widespread harm or injury by allowing one or more persons to bring the action on behalf of the many. [p. 15]

[33] The *Report of the Attorney General* also highlighted the substantive component of access to justice:

Ontarians also live in a society that strives to maximize access to justice for its citizens. Sophisticated and highly evolved rights and obligations are of little value if they cannot be asserted or enforced effectively and economically. Of what value is a right or obligation, or the judicial system itself, if its users must be told that the right is "too small" or "too complex" or "too risky" to justify its enforcement?

A class action can provide the means by which such claims can be asserted and given access to justice. A meaningful procedure can achieve economies in the use of judicial and court resources and provide widespread redress to many individuals who have suffered a loss or injury. [pp. 16-17]

[34] Thus, class actions overcome barriers to litigation by providing a procedural means to a substantive end. As one author put it in a memorable phrase, a class procedure has the potential to "breath[e] new life into substantive rights": M. Good, "Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185, at p. 188. Even though a class action is

grand nombre de personnes. La preuve révèle un intérêt individuel à faire valoir des revendications au moyen du recours collectif. De plus, les recours collectifs en dommages-intérêts procurent un avantage pécuniaire important, même après déduction des honoraires des avocats et frais d'administration. [Renvoi omis; p. 139.]

[32] Le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990) (« rapport du procureur général ») reconnaît aussi, dans son entrée en matière, l'objectif sous-jacent du recours collectif qui consiste à offrir une réparation aux membres du groupe :

[TRADUCTION] Un recours collectif est [. . .] un mécanisme procédural ayant pour objet de fournir un moyen efficace d'obtenir la réparation d'un préjudice subi par un grand nombre de personnes, en permettant à une personne ou plus d'intenter une action pour le compte de nombreuses autres. [p. 15]

[33] Le rapport du procureur général souligne également l'aspect substantiel de l'accès à la justice :

[TRADUCTION] Les Ontariens vivent également dans une société qui s'efforce de favoriser le plus possible l'accès à la justice. Des droits et obligations complexes et très développés ont peu de valeur s'il est impossible de s'en prévaloir de façon efficace et économique. Que vaut un droit ou une obligation, voire le système judiciaire lui-même, si le justiciable reçoit comme message que son droit est « trop insignifiant », « trop complexe » ou « trop risqué » pour être exercé?

Un recours collectif peut fournir le moyen de faire valoir de telles demandes et de donner accès à la justice. Une voie procédurale utile est susceptible de favoriser l'économie des ressources judiciaires et de procurer une réparation à grande échelle aux nombreuses victimes de perte ou de préjudice. [p. 16-17]

[34] Ainsi, le recours collectif permet de surmonter les obstacles aux litiges en fournissant un moyen procédural d'arriver à une fin substantielle. Comme un auteur l'a exprimé de façon mémorable, le recours collectif pourrait avoir l'effet d'[TRADUCTION] « insuffle[r] un nouvel élan aux droits substantiels » (M. Good, « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification : Exploring the Goals of Canadian Class Actions »

a procedural tool, achieving substantive results is one of its underlying goals. Consideration of its capacity to overcome barriers to access to justice should take account of both the procedural and substantive dimensions of access to justice.

(3) What Are the Alternatives to Class Proceedings?

[35] The motions court must identify alternatives to the proposed class proceedings. As McLachlin C.J. held in *Hollick*, “the preferability analysis requires the court to look to all reasonably available means of resolving the class members’ claims, and not just at the possibility of individual actions”: para. 31 (emphasis added). Here, the court considers both other potential court procedures (such as joinder, test cases, consolidation and so on: *Hollick*, at para. 28) and non-court proceedings.

[36] The motions court must look at all the alternatives globally in order to determine to what extent they address the barriers to access to justice posed by the particular claim: *Hollick*, at para. 30. In some cases, non-litigation means of redress will be considered in conjunction with individual actions: see e.g. *Hollick*, *Cloud* and *Pearson v. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641 (C.A.). In other cases, for example where there is no viable litigation alternative to a class action, the non-litigation means of redress will have to be considered on its own as a potential alternative to the class action: see e.g. *Halabi v. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153 (Gen. Div.). The nature of the comparison analysis will vary, depending on the nature of the alternatives available for consideration.

(4) To What Extent Do the Alternatives Address the Relevant Barriers?

[37] Once the alternative or alternatives to class proceedings have been identified, the court must

(2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185, p. 188). Bien qu’il s’agisse d’un instrument de procédure, il a, entre autres, pour objet sous-jacent de procurer des résultats positifs quant au fond. Dans l’évaluation de la capacité de ce type de recours d’aplanir les obstacles à l’accès à la justice, il faut prendre en compte la dimension procédurale et la dimension substantielle de la notion d’accès.

(3) Quels autres moyens y a-t-il?

[35] Le tribunal saisi de la motion en certification doit examiner les autres voies de droit possibles. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin dans *Hollick*, le tribunal, « dans l’analyse du meilleur moyen, doit examiner tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, et non seulement la possibilité de recours individuels » (par. 31 (je souligne)). En l’espèce, le tribunal a examiné d’autres recours judiciaires possibles (comme la jonction ou la réunion d’instances, la cause type, etc. (*Hollick*, par. 28)) ainsi que des voies de droit extrajudiciaires.

[36] Le tribunal saisi de la motion doit examiner de façon globale les autres moyens et déterminer s’ils permettent d’éliminer les obstacles à l’accès à la justice que soulève la demande (*Hollick*, par. 30). Dans certains cas, une voie de droit extrajudiciaire peut être envisagée en plus des recours individuels (voir, p. ex., *Hollick*, *Cloud* et *Pearson c. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641 (C.A.)). Dans d’autres cas, par exemple lorsqu’il n’existe pas d’autre action en justice viable que le recours collectif, il faut envisager la possibilité d’une voie de droit extrajudiciaire au lieu de ce dernier (voir, p. ex., *Halabi c. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153 (Div. gén.)). La nature des autres moyens possibles influera sur la nature de l’analyse comparative.

(4) Dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d’aplanir les obstacles?

[37] Après le recensement des autres voies de droit possibles, il faut évaluer la mesure dans laquelle

assess the extent to which they address the access to justice barriers that exist in the circumstances of the particular case. The court should consider both the substantive and procedural aspects of access to justice recognizing that court procedures do not necessarily set the gold standard for fair and effective dispute resolution processes. The question is whether the alternative has the potential to provide effective redress for the substance of the plaintiffs' claims and to do so in a manner that accords suitable procedural rights. This comparison, of course, must take place within the proper evidentiary framework that applies at the certification stage. I will return to that point in a moment.

(5) How Do the Two Proceedings Compare?

[38] The focus at this stage of the analysis is on whether, if the alternative or alternatives were to be pursued, some or all of the access to justice barriers that would be addressed by means of a class action would be left in place: *Hollick*, at para. 33. At the end of the day, the motions court must determine whether, on the record before it, the class action has been shown to be the preferable procedure to address the specific procedural and substantive access to justice concerns in a case. As set out in *Hollick*, the court must also, to the extent possible within the proper scope of the certification hearing, consider the costs as well as the benefits of the proposed class proceeding in relation to those of the proposed alternative procedure.

D. *Evidentiary Considerations*

(1) What Is the Evidentiary Burden With Regard to the Preferability Requirement on a Motion for Certification?

[39] The questions I have just outlined are addressed within the confines of the certification process; the court cannot engage in a detailed assessment of the merits or likely outcome of the class action or any alternatives to it. In *Hollick*, McLachlin C.J. explained that the evidentiary burden applicable on a motion for certification was low:

elles résolvent les problèmes particuliers d'accès à la justice qui se posent dans les circonstances. Le tribunal doit examiner les aspects procéduraux et substantiels de la notion d'accès en gardant à l'esprit que la voie judiciaire n'est pas nécessairement la modalité idéale de règlement équitable et efficace des différends. Il doit se demander si l'autre moyen permettra de régler utilement les demandes quant au fond tout en assurant aux demandeurs la possibilité d'exercer des droits procéduraux adéquats. Il faut, bien sûr, procéder à cette analyse comparative en fonction des normes de preuve applicables à l'étape de la certification, point que j'aborde plus loin.

(5) Bilan de la comparaison

[38] À cette étape, il s'agit de décider si l'autre moyen laisserait en totalité ou en partie subsister des obstacles à l'accès à la justice que le recours collectif permettrait d'aplanir (*Hollick*, par. 33). En fin de compte, le tribunal saisi de la motion doit déterminer, au vu de la preuve, s'il a été démontré que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les préoccupations relatives à l'accès à la justice, sur le plan de la procédure et sur le plan du fond. Comme la Cour le mentionne dans *Hollick*, il doit aussi, sans outrepasser le cadre de l'audience sur la certification, comparer les coûts et les avantages du recours collectif projeté à ceux des autres moyens proposés.

D. *Les questions de preuve*

(1) Fardeau de preuve applicable au critère du meilleur moyen à l'étape de la motion en vue de la certification

[39] L'examen des questions susmentionnées doit respecter le cadre de la certification; le tribunal ne saurait à cette étape procéder à l'appréciation détaillée du bien-fondé du recours collectif ou des autres voies de droit ou de leur issue probable. Dans l'arrêt *Hollick*, la juge en chef McLachlin explique que le fardeau de preuve applicable à l'étape de la motion en vue de la certification n'est pas élevé :

I agree that the representative of the asserted class must show some basis in fact to support the certification order. As the court in *Taub [v. Manufacturers Life Insurance Co.]* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.) held, that is not to say that there must be affidavits from members of the class or that there should be any assessment of the merits of the claims of other class members. However, the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* clearly contemplates that the class representative will have to establish an evidentiary basis for certification: see Report, at p. 31 (“evidence on the motion for certification should be confined to the [certification] criteria”). The Act, too, obviously contemplates the same thing: see s. 5(4) (“[t]he court may adjourn the motion for certification to permit the parties to amend their materials or pleadings or to permit further evidence”). In my view, the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in s. 5 of the Act, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. That latter requirement is of course governed by the rule that a pleading should not be struck for failure to disclose a cause of action unless it is “plain and obvious” that no claim exists: see Branch, *supra*, at para. 4.60. [Emphasis added; para. 25.]

[40] This Court recently reaffirmed these principles in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, in the context of the similar British Columbia class actions regime. In his discussion of the standard of proof with regard to the commonality and preferability requirements (para. 101), Rothstein J. indicated that the “‘some basis in fact’ standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage” (para. 102). This reflects the fact that a certification court “is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight”: *Pro-Sys*, at para. 102, citing *Cloud*, at para. 50; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.), at para. 119, citing *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (Ont. S.C.J.). Further, the “some basis in fact” standard cannot be assessed in a vacuum. As Rothstein J. puts it: “. . . there is limited utility in attempting to define ‘some basis

Je conviens que le représentant du groupe défini doit établir un certain fondement factuel pour la demande de certification. Comme le dit la cour dans *Taub [c. Manufacturers Life Insurance Co.]* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), cela ne signifie pas qu’il faut des affidavits des membres du groupe ou qu’il faut un examen au fond des demandes d’autres membres du groupe. Cependant, le rapport précité du comité consultatif du procureur général envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d’étayer sa demande de certification (à la p. 31) : ([TRADUCTION] « la preuve à l’appui de la demande devrait se limiter aux critères [de certification] »). De toute évidence, c’est ce que prévoit la Loi au par. 5(4) (« [l]e tribunal peut ajourner la motion en vue de faire certifier le recours collectif afin de permettre aux parties de modifier leurs documents ou leurs actes de procédure ou d’autoriser la présentation d’éléments de preuve supplémentaires »). À mon sens, le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées à l’art. 5 de la Loi, autre que l’exigence que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Cette dernière exigence est régie bien sûr par la règle qu’un acte de procédure ne devrait pas être radié parce qu’il ne révèle pas de cause d’action à moins qu’il soit [TRADUCTION] « manifeste et évident » qu’il n’y a lieu à aucune réclamation : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.60. [Je souligne; par. 25.]

[40] La Cour a récemment confirmé ces principes dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, dans le contexte du régime similaire de recours collectif établi en Colombie-Britannique. Dans son analyse de la norme de preuve applicable aux critères des questions communes et du meilleur moyen (par. 101), le juge Rothstein indique que la norme d’« un certain fondement factuel » n’exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l’étape de la certification » (par. 102), reconnaissant par là le fait que le tribunal saisi de la motion « n’est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve non plus que de déterminer sa valeur probante à l’issue d’une analyse nuancée » (*Pro-Sys*, par. 102, citant *Cloud*, par. 50; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.), par. 119, citant *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (C.S.J. Ont.)). En outre, cette norme ne peut s’appliquer dans

in fact’ in the abstract. Each case must be decided on its own facts” (para. 104).

[41] Helpful elaboration of the “some basis in fact” standard may be found in the reasons of Winkler C.J.O. in *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745:

The “some basis in fact” principle is meant to address two concerns. First, there is a requirement that, for all but the cause of action criterion, an evidentiary foundation is needed to support a certification order.

Second, in keeping with the procedural scheme of the CPA, the use of the word “some” conveys the meaning that the evidentiary record need not be exhaustive, and certainly not a record upon which the merits will be argued. This legislative intention is reflected in s. 2(3)(a) of the CPA, which — although honoured more often in the breach — requires the proposed representative plaintiff to bring a motion for certification within 90 days of the filing of, or the expiry of the time for filing of, a statement of defence or notice of intent. Thereafter, leave of the court is required to bring the motion: see s. 2(3)(b). [Emphasis added; paras. 75-76.]

[42] The jurisprudence emphasizes the importance of not allowing the requirement to establish “some basis in fact” to lead to a more fulsome assessment of contested facts going to the merits of the case. For example, in *Cloud*, the Ontario Court of Appeal indicated that the some basis in fact standard “does not entail any assessment of the merits at the certification stage” (para. 50). Similarly, in *Pearson*, the Ontario Court of Appeal, having concluded that the representative plaintiff had adduced evidence to show a negative impact on property values concluded that the “some basis in fact” standard with regard to the commonality of the issues had been met. The court pointed out that while the defendant disputed the plaintiff’s evidence, “the certification motion is not the place for resolving that controversy” (para. 76). These evidentiary principles equally apply to the preferability criterion: see e.g. *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002),

l’absolu. Comme le juge Rothstein le signale, « il serait peu utile de tenter de définir “un certain fondement” dans l’abstrait. L’issue d’une affaire dépend des faits qui lui sont propres » (par. 104).

[41] Les motifs du juge en chef Winkler à propos de cette norme dans *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, apportent des précisions utiles :

[TRADUCTION] Le principe posant qu’il faut établir un « certain fondement factuel » répond à deux préoccupations. Premièrement, tous les critères, hormis celui de la cause d’action, étayant l’ordonnance de certification doivent reposer sur une preuve.

Deuxièmement, dans l’esprit du régime procédural établi par la LRC, l’emploi du mot « certain » indique que la preuve n’a pas à être exhaustive et qu’il ne s’agit certainement pas d’une preuve propre à présider au débat sur le fond. Cette intention du législateur est exprimée à l’al. 2(3)a) de la LRC — qu’on honore le plus souvent en l’enfreignant — lequel exige du représentant des demandeurs qu’il présente la motion en vue de la certification dans les 90 jours suivant le dépôt de la défense ou de l’avis d’intention d’en présenter une ou de l’expiration du délai prescrit pour ce faire. Passé ce délai, il faut obtenir l’autorisation du tribunal (voir l’al. 2(3)b)). [Je souligne; par. 75-76.]

[42] La jurisprudence souligne qu’il importe de ne pas laisser l’exigence du « certain fondement factuel » mener à une appréciation poussée des faits litigieux qui toucherait au bien-fondé du recours. Dans *Cloud*, par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario a indiqué que cette norme [TRADUCTION] « n’entraîne pas d’évaluation au fond à l’étape de la certification » (par. 50). Dans *Pearson*, elle a pareillement conclu, après avoir constaté que le représentant des demandeurs avait produit une preuve visant à établir la dépréciation d’immeubles, que celui-ci avait satisfait à la norme du « certain fondement factuel » à l’égard du critère des questions communes. Selon elle, bien que la défenderesse ait contesté cette preuve, [TRADUCTION] « il n’y a pas lieu de régler ce débat à l’audition de la motion en vue de la certification » (par. 76). Ces règles de preuve s’appliquent tout autant au critère du meilleur moyen (voir, p. ex., *1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*

62 O.R. (3d) 535 (S.C.J.), at para. 27, aff'd (2004), 70 O.R. (3d) 182 (S.C.J. (Div. Ct.)).

[43] The standard of proof on a motion for certification was at the heart of the appeal in *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. vi. The decision makes clear that at the certification stage, the court cannot engage in any detailed weighing of the evidence but should confine itself to whether there is some basis in the evidence to support the certification requirements. In *Chadha*, the court denied certification on the basis that there was *no* evidence that the loss component of liability could be proved on a class-wide basis (and thus that there was no common issue). It was not necessary to establish that there was a compelling method to prove such loss, but it was necessary to provide some basis in fact to think that there was *some* method to do so. The plaintiffs had failed to provide that basis. This Court reached the opposite conclusion in *Pro-Sys* with regard to the commonality of the issues, because there was “an expert methodology that ha[d] been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis” (para. 140).

[44] The limited scope of the factual inquiry on the certification motion means that the motions court will often not be able to compare the potential recoveries in the class action and in the alternative or alternatives to it. For example, in *Pro-Sys* it was argued that the class proceeding did not meaningfully further the objective of access to justice because the award would likely be distributed *cy-près* and not to individual class members. Rothstein J., however, rejected this argument noting that it was “premature to assume that the award . . . [would] result in *cy-près* distribution or that the objective of access to justice [would] be frustrated on this account” (para. 141).

[45] The limitations imposed by the nature of the certification process are directly relevant in this

(2002), 62 O.R. (3d) 535 (C.S.J.), par. 27, conf. par (2004), 70 O.R. (3d) 182 (C.S.J. (C. div.)))).

[43] La norme de preuve applicable à l'examen d'une motion en vue de la certification était au cœur de l'appel dans *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. vi. La cour a statué clairement qu'à cette étape le tribunal ne peut procéder à une appréciation détaillée de la preuve et doit plutôt se borner à vérifier si les critères de certification reposent sur un certain fondement factuel. Dans *Chadha*, la cour n'a pas certifié le recours parce qu'*aucun* élément de preuve ne permettait d'établir l'un des préalables à une déclaration de responsabilité, soit la perte à l'échelle du groupe, de sorte qu'il n'y avait pas de question commune. Il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une méthode convaincante qui prouverait une telle perte, mais il fallait établir un certain fondement factuel permettant de penser qu'*une quelconque* méthode existait. Or, les demandeurs n'y sont pas arrivés. Notre Cour dans *Pro-Sys* tire la conclusion opposée quant à l'existence d'une question commune parce qu'il existait « une méthode proposée par un expert [qui] permettrait assez certainement d'établir la perte à l'échelle du groupe » (par. 140).

[44] La portée restreinte de l'examen factuel à l'étape de la certification fait en sorte que le tribunal saisi d'une telle motion n'est souvent pas en mesure de confronter les fonds que le recours collectif et les autres moyens permettraient de recouvrer. Dans *Pro-Sys*, par exemple, on a fait valoir que le recours collectif ne favorisait pas vraiment l'objectif d'accès à la justice parce que l'indemnité accordée serait probablement distribuée selon le principe de l'aussi-près et non pas versée aux membres individuels. Le juge Rothstein n'a pas retenu cet argument, indiquant qu'il était « trop tôt pour présumer que la réparation accordée [. . .] donnera[it] lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près ou que, le cas échéant, l'objectif de favoriser l'accès à la justice sera[it] compromis » (par. 141).

[45] Les restrictions qu'emporte par sa nature la procédure de certification sont directement en

case. Somewhat unusually, a potential alternative procedure — the OSC proceeding — has run its course and the results of it are known with certainty. This might be seen, as it was by the Divisional Court in this case, as inviting a comparison of those known results with the likely outcome of the proposed class action. Simply put, is there enough left on the table to justify the time and expense of the proposed class proceeding? Viewed from this perspective, “[u]nless it can be said that the plaintiffs have achieved full, or at the very least substantially full, recovery”, they would be entitled to maintain a class action (Divisional Court decision, at para. 8). Based on the record in this case, the Divisional Court concluded that “the plaintiffs’ current claim against AIC and CI, over and above the OSC settlement, [was] \$333.8 million” (para. 4). The court qualified this as a “significant amount of money” (para. 8) which entitled the plaintiffs to maintain a class action.

[46] Although at first glance such an approach would seem to have something to commend it, its allure quickly fades when due attention is given to the nature and limitations of the certification process. The certification process is not the occasion for a searching examination of whether the “plaintiffs have achieved full, or . . . substantially full, recovery” (Divisional Court decision, at para. 8) in comparison to the likely outcome of the class proceeding on its merits. Without that sort of examination, the most that can be done is to assess on the appropriately limited evidentiary record whether the access to justice barriers that may be addressed by a class proceeding remain even after the alternative process has run its course.

[47] Nevertheless, when the results or the limits on recovery of an alternative procedure are known at the time of the certification motion, those uncontested facts cannot be ignored. For example, in *Rumley*, McLachlin C.J. observed that the alternative procedure was not preferable because, among other things, it limited recovery of any complainant to \$60,000 (para. 38). (Although the Court was dealing with the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, in that case,

cause en l’espèce. Fait assez inhabituel, une voie de droit possible — l’instance devant la CVMO — a déjà été menée à terme, et son issue est connue. On pourrait, à l’instar de la Cour divisionnaire, être tenté de comparer ce résultat avec l’issue probable du recours collectif projeté, c’est-à-dire se demander si les fonds qui restent à recouvrer valent l’investissement en temps et en argent que requiert le recours collectif. Dans cette perspective, [TRADUCTION] « [à] moins qu’on puisse affirmer que les demandeurs ont obtenu la totalité — ou à tout le moins la quasi-totalité — de ce qu’ils réclamaient », ils sont autorisés à exercer un recours collectif (jugement de la Cour divisionnaire, par. 8). Compte tenu du dossier, la Cour divisionnaire a conclu que « la demande actuelle contre AIC et CI se chiffre à 333,8 millions de dollars outre le montant visé dans le règlement conclu par la CVMO » (par. 4). Selon la cour, il s’agit d’une « somme considérable » (par. 8) autorisant les demandeurs à exercer un recours collectif.

[46] Bien que ce raisonnement puisse séduire au premier abord, il perd rapidement de son lustre dès lors que la nature et les limites de la procédure de certification sont dûment considérées. Il n’y a pas lieu à cette étape de déterminer si [TRADUCTION] « les demandeurs ont obtenu la totalité — ou [. . .] la quasi-totalité — de ce qu’ils réclamaient » (jugement de la Cour divisionnaire, par. 8) et de comparer avec l’issue probable du recours collectif quant au fond. Le mieux que l’on peut faire, à défaut d’un tel examen, est de déterminer au vu de la preuve évidemment limitée si les obstacles à l’accès à la justice auxquels le recours collectif peut remédier subsistent une fois que l’autre moyen a suivi son cours.

[47] Quoi qu’il en soit, lorsque l’issue de l’autre moyen ou les plafonds qu’il impose sont connus lors de l’examen de la motion en vue de la certification, on ne peut faire abstraction de ces faits incontestables. Dans l’arrêt *Rumley*, par exemple, la juge en chef McLachlin indique que l’autre voie de droit ne constitue pas le meilleur moyen notamment parce qu’elle plafonne à 60 000 \$ l’indemnité qu’un plaignant peut recevoir (par. 38). (Bien que cet arrêt porte sur la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996,

an analogous approach is implicit in the *CPA*.) In a case involving similar facts and dealing with the *CPA*, the Ontario Court of Appeal made similar comments with regard to the fact that the alternative procedure capped recovery: *Cloud*, at para. 92. The fact that the court considered the limits on recovery in the alternative procedure implies that it took into account the fact that the class action could address the full range of the class members' claims. Thus, the results and limits may be considered, but within the constraints of the evidentiary basis that is appropriate on a certification motion. In a case where the results of neither the alternative nor the class proceedings are known, the comparative exercise with regard to the substantive access to justice barriers will in general be very limited.

(2) Who Assumes the Burden?

[48] The party seeking certification of a class action bears the burden of showing some basis in fact for every certification criterion: *Hollick*, at para. 25. In the context of the preferability requirement, this requires the representative plaintiff to show (1) that a class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim, and (2) that it would be preferable to any other reasonably available means of resolving the class members' claims: *Hollick*, at paras. 28 and 31. A defendant can lead evidence "to rebut the inference of some basis in fact raised by the plaintiff's evidence": M. Cullity, "Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of 'Some Basis in Fact'" (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407, at p. 417.

[49] With regard to the second aspect of the preferability requirement — that is, the comparative analysis — the representative plaintiff will necessarily have to show some basis in fact for concluding that a class action would be preferable to other litigation options. However, the representative plaintiff cannot be expected to address every conceivable non-litigation option in order to establish that there is some basis in fact to think

ch. 50, de la Colombie-Britannique, la *LRC* permet implicitement le même raisonnement.) Dans une affaire présentant des faits similaires et intéressant la *LRC*, la Cour d'appel de l'Ontario a elle aussi fait remarquer que l'autre moyen permettait le recouvrement d'une indemnité limitée (*Cloud*, par. 92). On peut supposer que, si la cour a tenu compte du plafond prévu par l'autre moyen, elle estimait que le recours collectif permettait de régler l'ensemble des demandes des membres du groupe. L'issue et les plafonds peuvent donc entrer en ligne de compte, mais uniquement dans le cadre de preuve limité applicable à l'étape de la certification. Dans une affaire où tant l'issue du recours collectif que celle de l'autre voie de droit sont inconnues, l'exercice de comparaison, eu égard aux obstacles à l'accès à la justice sur le plan du fond, sera généralement très limité.

(2) À qui incombe le fardeau de preuve?

[48] Il incombe à la partie qui cherche à faire certifier un recours collectif d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification (*Hollick*, par. 25). S'agissant du critère du meilleur moyen, le représentant des demandeurs doit démontrer (1) que le recours collectif serait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance et (2) qu'il serait préférable à tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe (*Hollick*, par. 28 et 31). Le défendeur peut présenter des éléments afin de [TRADUCTION] « réfuter l'existence du certain fondement factuel pouvant s'inférer de la preuve présentée par le demandeur » (M. Cullity, « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of "Some Basis in Fact" » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407, p. 417).

[49] Pour ce qui est du deuxième aspect du critère du meilleur moyen — c'est-à-dire l'analyse comparative — le représentant des demandeurs devra nécessairement établir un certain fondement factuel permettant de conclure que le recours collectif serait préférable aux autres voies judiciaires. On ne saurait toutefois exiger qu'il passe en revue toutes les voies de droit extrajudiciaires possibles pour faire cette preuve. Le défendeur qui

that a class action would be preferable. Where the defendant relies on a specific non-litigation alternative, he or she has an evidentiary burden to raise it. As Winkler J. (as he then was) put it in *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348 (Ont. S.C.J.): “. . . the defendants cannot simply assert to any effect that there are other procedures that would be preferable without an evidentiary basis It must be supported by some evidence” (para. 67). However, once there is some evidence about the alternative, the burden of satisfying the preferability requirement remains on the plaintiff.

E. Application

[50] There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The claim advanced here may be referred to as a small claims class action. As the motion judge found, the individual claims are not large enough to support viable individual actions (para. 62). The economic barrier to access to justice, therefore, is that individual claims are not viable to litigate individually. In the context of a small claims class action such as this one, access to justice requires access to a process that has the potential to provide in an economically feasible manner just compensation for the class members’ individual economic claims should they be established. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this.

[51] The proposed class action addresses both of these barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims. The class action process is

invoque l’existence d’une solution extrajudiciaire est tenu d’étayer son affirmation. Pour reprendre les propos du juge Winkler (plus tard juge en chef) dans *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348 (C.S.J. Ont.) : [TRADUCTION] « . . . les défenderesses ne peuvent se contenter d’affirmer que d’autres moyens sont préférables sans fondement probatoire [. . .] Leur affirmation doit être appuyée par des éléments de preuve » (par. 67). Toutefois, dès lors que la preuve relative à un autre moyen est produite, le fardeau de prouver qu’il est satisfait au critère du meilleur moyen repose à nouveau sur le demandeur.

E. Application

[50] En l’espèce, deux obstacles potentiels à l’accès à la justice se dressent. Le premier, d’ordre financier, est lié à la nature de la demande. Il s’agit d’un recours collectif portant sur de petites créances. Le juge saisi de la motion a estimé que le montant des demandes individuelles était trop modeste pour qu’un recours individuel soit viable (par. 62). Cet obstacle réside donc dans la non-viabilité des recours individuels. Dans un cas comme celui qui nous occupe, l’accès à la justice commande l’accès à une voie de droit susceptible de permettre l’indemnisation équitable — et possible sur le plan financier — des membres du groupe quant à leurs demandes pécuniaires individuelles, si elles sont établies. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu’il n’existe peut-être pas d’autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d’exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d’un groupe pouvant compter plus d’un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l’action en justice classique ne sert pas l’accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural.

[51] Or, le recours collectif proposé élimine ces obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu’il serait autrement impossible pour des raisons d’ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable. Le recours collectif assure une ample protection de

geared to protecting the class members' rights to a significant extent through such mechanisms as the requirement for a representative plaintiff who must "fairly and adequately represent the interests of the class", produce a workable litigation plan to advance the proceeding on behalf of the class and have no conflict of interests with other class members: *CPA*, s. 5(1)(e).

[52] As I have already noted, there is no realistic litigation alternative in this case. The only alternative procedure that was advanced is the OSC proceedings and settlement agreements, the results of which are already known. Thus, the question is to what extent this alternative has addressed the barriers to access to justice and whether those barriers remain now that those proceedings have been completed. This analysis has both a procedural and a substantive component.

[53] With respect to the procedural component, the appellants submit that the Court of Appeal wrongly focused on the fact that the OSC's jurisdiction is regulatory and not compensatory and erred in its assessment of investor participation in the OSC proceedings. I do not accept these submissions.

[54] The main jurisdiction of the OSC under s. 127 of the *Securities Act* — under which the OSC conducted the probe — is regulatory. Thus, it "is neither remedial nor punitive; it is protective and preventive, intended to be exercised to prevent likely future harm to Ontario's capital markets": *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132, at para. 42, quoting (1999), 43 O.R. (3d) 257, at p. 272, *per* Laskin J.A. There is no question in this case that the OSC had jurisdiction to approve the settlement agreements or, as the motion judge found, that Commission staff in this case sought to determine the extent of investor losses and to achieve compensation for them through the settlement agreements. Nevertheless, compensation of investors is not the primary focus of the OSC under its s. 127 jurisdiction. Further, there is no

leurs droits par le truchement de certains mécanismes, dont le critère qui exige la nomination d'un représentant qui « représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe », a préparé un plan efficace pour faire avancer l'instance au nom du groupe et n'a aucun conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe (*LRC*, al. 5(1)e)).

[52] Comme je l'ai déjà indiqué, il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. La seule autre voie de droit évoquée est l'instance devant la CVMO et les règlements intervenus, dont l'issue est connue. Par conséquent, la question qu'il faut poser est celle de savoir si cette instance a permis d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice ou s'il en subsiste. Cette analyse comporte un aspect procédural et un aspect substantiel.

[53] S'agissant de l'aspect procédural, les appelantes soutiennent que la Cour d'appel a attaché trop d'importance au fait que la CVMO exerce une compétence d'ordre réglementaire et ne dispose pas de pouvoirs d'indemnisation. Selon elles, la cour a mal apprécié la participation des investisseurs à l'instance devant cet organisme. Je ne puis leur donner raison.

[54] La principale compétence que confère à la CVMO l'art. 127 de la *Loi sur les valeurs mobilières* — en vertu duquel l'organisme a procédé à l'enquête — est de nature réglementaire. En conséquence, elle « n'est ni réparatrice, ni punitive; elle est de nature protectrice et préventive et elle est destinée à être exercée pour prévenir le risque d'un éventuel préjudice aux marchés financiers en Ontario » (*Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 42, citant (1999), 43 O.R. (3d) 257, p. 272, le juge Laskin). En l'espèce, il ne fait aucun doute que la CVMO était habilitée à approuver les ententes de règlement ou, comme l'a conclu le juge saisi de la motion, que son personnel a voulu déterminer l'ampleur des pertes subies par les investisseurs et à faire en sorte qu'ils soient indemnisés par le

way to know how the OSC arrived at the settlement agreements; the details of the methodology used to calculate the amounts having remained confidential throughout. As the motion judge found, “how the OSC came to its calculation is not actually known” (para. 99).

[55] With regard to investor participation in the OSC proceedings, my view is that the respondents and the Court of Appeal are somewhat off the mark by placing virtually exclusive weight on this consideration in rejecting the OSC proceedings as a preferable alternative. Nevertheless, I agree that investor participation in the process leading to compensation is an important factor to consider and one that weighs heavily in favour of finding that the class proceeding meets the preferability requirement in this case. As the Court of Appeal noted, the OSC proceedings and the procedure by which the settlement agreements were arrived at in this case “provided little to no basis for investor participation” (paras. 58 and 60), whereas class proceedings “allow for the appointment of a representative plaintiff who shares a sufficient common interest with members of the class [and] conducts the litigation on behalf of class members under court supervision and within the presumptive principle of an open court” (para. 61). Moreover, as the motion judge found, nothing was known about how the OSC came to its assessment of compensation. In summary, the regulatory nature of and the limited participation rights for investors in the OSC proceedings, coupled with the absence of information about how the OSC staff assessed investor compensation, support the conclusion that significant procedural access to justice concerns remain which the proposed class action can address. Moreover, the focus and nature of the OSC process reinforce the concerns which I will turn to next about whether substantial access to justice was achieved.

truchement des ententes de règlement. Cependant, l’indemnisation des investisseurs ne constitue pas la raison d’être du pouvoir dévolu à la CVMO par l’art. 127. De plus, il n’existe aucun moyen de savoir comment la CVMO est parvenue aux ententes de règlement, puisque la méthode employée pour en fixer les montants n’a jamais été divulguée. Comme l’a indiqué le juge saisi de la motion, [TRADUCTION] « on ignore en fait comment la CVMO a effectué ses calculs » (par. 99).

[55] Quant à la participation des investisseurs à l’instance devant la CVMO, les intimés et la Cour d’appel s’égarent à mon avis quelque peu en fondant presque exclusivement sur ce point leur conclusion que cette instance n’est pas le meilleur moyen. J’estime néanmoins que la participation des investisseurs à la procédure menant à l’indemnisation constitue un facteur important, qui milite fortement en faveur de la conclusion que le recours collectif satisfait au critère du meilleur moyen en l’espèce. Selon la Cour d’appel, l’instance devant la CVMO et la procédure dont découlent les ententes de règlement [TRADUCTION] « laissai[en]t peu ou pas de place à la participation des investisseurs » (par. 58 et 60), tandis que le recours collectif « permet la nomination d’un représentant ayant en commun avec les membres du groupe suffisamment d’intérêts [et qui] voit au déroulement du recours pour le compte de ces derniers sous la supervision du tribunal et dans le respect du principe de publicité des débats judiciaires » (par. 61). En outre, ainsi que l’a conclu le juge saisi de la motion, on ne sait rien sur la façon dont la CVMO a fixé l’indemnité. Pour résumer, la nature réglementaire de l’instance devant la CVMO et les droits de participation limités qu’elle offrait aux investisseurs, conjugués à l’absence d’information sur les calculs effectués par son personnel en vue de l’indemnisation des investisseurs, étayaient la conclusion qu’il subsistait d’importants obstacles à l’accès à la justice sur le plan procédural auxquels le recours collectif pouvait remédier. Par ailleurs, l’objet et la nature de la procédure devant la CVMO accentuent les préoccupations, que j’aborde dans les paragraphes suivants, en matière d’accès à la justice sur le plan du fond.

[56] Turning to the substantive aspect of access to justice, the Court of Appeal found that the motion judge and the Divisional Court had erred by focusing on the substantive outcome of the OSC proceedings, commenting that this “is not a relevant factor in the comparative analysis under s. 5(1)(d) of the *CPA*” (para. 10). In my view, the Court of Appeal took too categorical an approach to this issue in the circumstances of this case. While of course any consideration of the substantive outcome must take place within the evidentiary framework that applies on a certification motion, access to justice as explained earlier is not a purely procedural concept. Access to justice requires access to just results, not simply to process for its own sake. However, I conclude that giving this substantive element the considerable weight that it deserves in this case reinforces the Court of Appeal’s conclusion that this class action should be certified.

[57] One of the barriers to access to justice in this small claims investor class action is that traditional litigation provides no economically feasible way to recover the investors’ claimed losses. The appellants’ position is that the OSC regulatory proceedings effected significant recovery for the investors at no cost to them. In these circumstances, the substantive outcome of the OSC proceedings cannot, in my view, be dismissed as irrelevant to the question of whether the OSC proceedings addressed the access to justice barrier that is present in this case or whether the way in which it did so suggests that the class proceeding is not the preferred alternative.

[58] That said, however, the substantive outcome of the OSC proceedings and their impact on the preferability analysis must be examined through the appropriate evidentiary lens. As I have explained, the plaintiffs’ burden is to provide “some basis in fact” to think that the class proceedings are preferable to the alternative. In the rather unusual circumstances of this case, where the OSC proceedings have run their course and the results of those proceedings are known, it seems to me that the comparative analysis cannot ignore the question of whether a cost-benefit analysis supports the respondents’ contention that

[56] Passons à l’aspect substantiel de l’accès à la justice. La Cour d’appel a estimé que le juge saisi de la motion et la Cour divisionnaire avaient eu tort de s’attacher à l’issue concrète de l’instance devant la CVMO qui, selon elle, [TRADUCTION] « ne constitue pas un facteur pertinent dans l’analyse comparative que commande l’al. 5(1)d de la *LRC* » (par. 10). À mon avis, la Cour d’appel s’est montrée trop catégorique sur ce point dans les circonstances. Tout examen de l’issue concrète doit évidemment s’en tenir à la norme de preuve applicable à une motion en vue de la certification. Or, comme je l’explique, l’accès à la justice ne ressortit pas seulement à la procédure. L’accès à la justice suppose une issue juste, et non pas une procédure engagée pour la forme. J’estime toutefois que le poids considérable que mérite cet élément se rattachant au fond renforce la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la certification de ce recours collectif s’impose.

[57] L’un des obstacles à l’accès à la justice dans ce recours collectif mettant en cause de petites créances provient de ce que l’action en justice classique n’offre pas aux investisseurs un moyen viable sur le plan financier de récupérer leurs pertes. Les appelantes font valoir que l’instance réglementaire devant la CVMO a permis à ces derniers de toucher une indemnité appréciable sans engager de frais. Dans ces circonstances, j’estime qu’on ne peut conclure que l’issue concrète de cette instance ne joue pas pour déterminer si cette voie de droit a permis de lever l’obstacle à l’accès à la justice en l’espèce ou s’il en ressort que le recours collectif n’est pas le meilleur moyen.

[58] Cela dit, l’issue concrète de l’instance devant la CVMO et son effet sur l’analyse relative au meilleur moyen doivent être examinés à la lumière des normes de preuve applicables. Je le répète, les demandeurs ont à démontrer l’existence d’un « certain fondement factuel » permettant de penser que le recours collectif est préférable aux autres moyens. Les circonstances de l’espèce sont plutôt inhabituelles, car l’issue de l’instance devant la CVMO est connue. À mon sens, l’analyse comparative doit aborder la question de savoir si l’examen des coûts et des avantages étaye la thèse des intimés,

the proposed class proceeding is the preferable way to address their claims.

[59] The answer to this question, as I see it, is quite straightforward in this case. The respondents have pleaded viable causes of action, the OSC proceedings and settlement agreements were without prejudice to those claims, and the motion judge was satisfied “that there [was] some basis in fact for the Plaintiffs’ submission that the investors may not have been fully compensated as a result of the OSC settlement agreements” (para. 101). The motion judge also found that the class members were not trying to “have their cake and eat it too”:

I do not agree with any arguments that suggest that the Plaintiffs [respondents in this Court] and the investors are being unfair, or perhaps piggish, in eating the cake of the OSC compensation and also having a class action. The investors are not playing “heads I win, tails you lose.” They did not ask the OSC to be their champion, and they did not do anything wrong in accepting the spoils secured by the OSC’s campaign. The putative representative plaintiffs do no wrong in attempting to certify their action as a class proceeding, and I have no reason to believe that they do not genuinely believe that they were under-compensated. [para. 218]

[60] The motion judge estimated the size of the proposed class against AIC at 264,036 members and 803,903 members against CI. These represent the numbers of settlement payments issued by each appellant pursuant to the OSC settlements: motion decision, at para. 56. AIC’s and CI’s OSC settlement payments were respectively \$58.8 million and \$49.3 million. The plaintiffs presented expert evidence which estimated that AIC’s investors’ losses could be as low as \$6.5 million or as high as \$251.0 million, and that CI’s investors’ losses could be as low as \$72.1 million or as high as \$349.3 million, depending on the method of calculation used. Based on an expert’s preferred method of calculation (he submitted a total of five), losses were estimated at \$192.6 million for AIC’s investors and \$349.3 million for CI’s investors: motion decision, at para. 94. Thus, in the plaintiffs’ expert’s view, AIC’s investors have received only 31% of

selon qui le recours collectif est le meilleur moyen de régler leurs réclamations.

[59] La réponse à cette question me paraît assez simple en l’espèce. Les intimés ont invoqué des causes d’action valables. L’instance devant la CVMO et les ententes de règlement en découlant ne portent pas atteinte à de telles demandes. Le juge saisi de la motion s’est dit convaincu de l’existence [TRADUCTION] « d’un certain fondement factuel étayant l’affirmation des demandeurs selon laquelle les ententes de règlement conclues par la CVMO n’ont peut-être pas indemnisé totalement les investisseurs » (par. 101). Il a également conclu que les membres du groupe ne cherchaient pas à « avoir le beurre et l’argent du beurre » :

[TRADUCTION] Je ne saurais admettre l’argument que les demandeurs [intimés devant la Cour] et les investisseurs se montrent déraisonnables, voire âpres au gain, en touchant l’indemnité obtenue par la CVMO et en intentant en plus un recours collectif. Les investisseurs ne jouent pas sur les deux tableaux. Ils n’ont pas demandé à la CVMO de prendre leur défense et de mener l’enquête en leur nom. Ils n’ont rien fait de mal en acceptant une part de ce gâteau. Les représentants proposés n’ont pas mal agi en tentant de faire certifier un recours collectif et je n’ai aucune raison de douter qu’ils estiment vraiment ne pas avoir été pleinement indemnisés. [par. 218]

[60] Selon l’estimation du juge saisi de la motion, le groupe partie au recours collectif compte 264 036 membres dans le cas d’AIC et 803 903 membres dans le cas de CI. Il s’agit du nombre de versements faits par chacune en exécution des ententes de règlement avec la CVMO (décision relative à la motion, par. 56). AIC et CI ont respectivement versé 58,8 et 49,3 millions de dollars en exécution de ces ententes. Les demandeurs ont soumis une preuve d’expert révélant des pertes, pour les investisseurs d’AIC, entre 6,5 et 251 millions de dollars, et pour les investisseurs de CI, entre 72,1 et 349,3 millions de dollars, en fonction de la méthode de calcul employée. La méthode préconisée par un expert (qui en avait présenté cinq en tout) permettait d’arriver à des pertes estimatives de 192,6 millions de dollars dans le cas des investisseurs d’AIC et de 349,3 millions de dollars dans le cas de ceux de CI (décision relative à la motion, par. 94). D’après

the compensation they are entitled to through the settlement agreements, and CI's investors have received only 14%: motion decision, at para. 94.

[61] Of course, the certification motion is not the proper setting to delve into the likely success of these claims or to debate the merits of these approaches to calculating the investors' losses. The record in this case, which shows in detail the results of the proposed alternative proceedings which have run their course, also shows that substantive access to justice concerns still remain. Further, there is no reason to believe that potential additional recovery would be consumed by the costs of the proceedings. In fact, the motion judge found that since the defendants were able to distribute the OSC settlement payments "by reviewing their own records to make decisions about entitlement, causation, and quantification", that "there is at least a realistic possibility that acceptable procedures could be fashioned by the common issues trial judge to address quantification and distribution issues in a fair, manageable and efficient manner" (para. 208). Accordingly, in my view, the plaintiffs (now respondents) provided an appropriate basis to support the view that the class action proceeding would overcome access to justice barriers that subsisted after the completion of the OSC proceedings and that a cost-benefit analysis supported the conclusion that the class proceedings were the preferable proceeding for the investors to pursue their claims.

[62] To conclude, I am of the view that the motion judge erred in principle in the preferability analysis. Respectfully, he erred by agreeing with the defendants' (now appellants') submission that he should not "second-guess the access to justice provided by the OSC once [he] was satisfied that the OSC's purpose was to obtain restitutionary compensation for the harm suffered by the investors and the process to do so was adequate" (paras. 256-57). On the contrary, it was precisely his role to compare and evaluate, within the limited scope of the

l'expert engagé par les demandeurs, l'indemnité versée en exécution de l'entente de règlement correspondait, dans le cas des investisseurs d'AIC, à seulement 31 % de la somme intégrale, et dans le cas des investisseurs de CI, à seulement 14 % (décision relative à la motion, par. 94).

[61] Naturellement, l'audience sur la motion en vue de la certification n'est pas le moment d'évaluer les chances de succès de ces demandes ou de débattre le bien-fondé des méthodes employées pour calculer les pertes des investisseurs. Or, la preuve présente l'issue de l'autre voie de droit en détail et révèle qu'il subsiste des préoccupations relatives à l'accès à la justice quant au fond. En outre, il n'y a aucune raison de croire que les coûts du recours annuleraient le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés. D'ailleurs, le juge saisi de la motion a indiqué que, puisque les défenderesses avaient été en mesure de verser les indemnités en exécution des ententes [TRADUCTION] « en s'appuyant sur leurs propres dossiers pour déterminer l'admissibilité, le lien de causalité et le montant », « il est à tout le moins envisageable que le juge qui procédera à l'examen des questions communes au procès puisse établir des modalités acceptables pour régler les questions de calcul et de distribution de façon juste, pratique et efficace » (par. 208). J'estime par conséquent que les demandeurs (intimés devant la Cour) ont bien étayé l'opinion que le recours collectif permettrait d'écartier les obstacles à l'accès à la justice subsistant après l'instance devant la CVMQ et qu'à la lumière d'un examen des coûts et des avantages, il s'agit du meilleur moyen de faire valoir les demandes des investisseurs.

[62] En conclusion, l'analyse relative au meilleur moyen faite par le juge des motions était entachée d'une erreur de principe. J'estime qu'il a retenu à tort l'argument des défenderesses (appellantes devant la Cour) selon lequel il ne devrait pas [TRADUCTION] « dès lors qu'il est convaincu que la CVMQ cherchait à obtenir la réparation du préjudice subi par les investisseurs et que la procédure était adéquate, [. . .] remettre en question l'accès à la justice assuré par cet organisme » (par. 256-257). Au contraire, son rôle consistait

certification motion, the access to justice provided by the two proceedings, both in the substantive and procedural dimensions of the term as part of his overall assessment of whether the plaintiffs had established the preferability requirement on the appropriate evidentiary standard. The fact that the results of the OSC process were known in this case added an element that would often not be present at the certification stage.

[63] I agree with the Court of Appeal that the motion judge erred in principle by “treating the negotiated payments that were made to investors in the OSC settlements as somehow eliminating the need to compare the purely regulatory function served by the OSC proceedings with the private remedial function to be played by the proposed class action” (para. 80). This led the motion judge to wrongly dismiss as irrelevant important access to justice considerations relating to the regulatory focus, absence of investor participation and the absence of information about how the investor losses were assessed in the OSC process. The process limitations of the OSC proceedings reinforce the concern that access to substantive justice will be better served by the proposed class action.

[64] I also agree with the Divisional Court and the Court of Appeal that the motion judge erred in principle by relying on the sorts of considerations that would be relevant to approving a settlement of a class action. The certification application, and particularly the preferability aspect of it, is not an appropriate point in the proceedings to engage in any in-depth analysis of either the merits of the plaintiffs’ claims or the likely quantum of recovery. As the Court of Appeal put it, at the certification stage, in most instances, “no reliable yardstick is available because the amount recoverable in the proposed class proceeding would be as yet unknown. Put another way, the preferability analysis should not be reduced to an *ex post facto* assessment of the adequacy of the award arrived at through the alternative procedure” (para. 77).

justement à comparer et à évaluer, dans le cadre limité de la certification, l’accès à la justice procuré par les deux voies de droit, au point de vue tant substantiel que procédural, dans son examen global de la question de savoir si les demandeurs avaient démontré qu’il était satisfait au critère du meilleur moyen selon la norme de preuve applicable. Le fait que l’issue de l’instance devant la CVMO est connue en l’espèce ajoute un élément qui joue rarement dans l’évaluation au stade de la certification.

[63] Je partage l’avis de la Cour d’appel selon qui le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en [TRADUCTION] « considérant que les ententes de règlement conclues par la CVMO éclipaient en quelque sorte toute comparaison entre l’objet purement réglementaire de cette instance et l’objet du recours collectif qui est d’offrir une réparation de droit privé » (par. 80). Cette opinion l’a amené à négliger à tort d’importantes considérations d’accès à la justice ayant trait à cette instance : nature réglementaire, non-participation des investisseurs et absence d’information sur la méthode d’évaluation des pertes de ces derniers. Il ressort de ces limites procédurales que l’accès à la justice quant au fond est mieux servi par le recours collectif projeté.

[64] Je conviens aussi avec la Cour divisionnaire et la Cour d’appel que le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en s’attachant à des considérations qui jouent au moment de l’approbation du règlement d’un recours collectif. L’examen en profondeur du bien-fondé des demandes ou du montant éventuel des dommages-intérêts ne s’effectue pas à l’étape de la certification et encore moins lors de l’analyse relative au meilleur moyen. À ce stade, comme la Cour d’appel l’a indiqué, le plus souvent [TRADUCTION] « on ne peut utiliser de point de référence sûr parce qu’on ignore encore le montant recouvrable à l’issue du recours collectif projeté. Autrement dit, l’analyse relative au meilleur moyen ne doit pas se réduire à une évaluation après coup visant à déterminer si l’indemnité versée par suite de l’autre voie de droit est adéquate » (par. 77).

[65] I recognize that a decision by a certification judge is entitled to substantial deference: see e.g. *Pearson*, at para. 43; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, at para. 33. Specifically, “[t]he decision as to preferable procedure is . . . entitled to special deference because it involves weighing and balancing a number of factors”: *Pearson*, at para. 43. However, I conclude that deference does not protect the decision against review for errors in principle which are directly relevant to the conclusion reached such as, in my view, occurred here: see e.g. *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, at para. 23, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiv; *Markson*, at para. 33; *Cloud*, at para. 39.

V. Disposition

[66] I would dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6

5. — (1) [Certification] The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

- (a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;
- (c) the claims or defences of the class members raise common issues;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and
- (e) there is a representative plaintiff or defendant who,
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

[65] Je reconnais que la décision en matière de certification appelle une grande déférence (voir, p. ex., *Pearson*, par. 43; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, par. 33). Plus particulièrement, [TRADUCTION] « [l]a décision sur le meilleur moyen commande [. . .] une déférence spéciale parce qu’elle suppose l’appréciation et la mise en balance de plusieurs facteurs » (*Pearson*, par. 43). Je considère toutefois que la déférence ne saurait mettre une décision à l’abri d’une révision si elle est entachée d’erreurs de principe touchant directement la conclusion tirée, comme c’est le cas en l’espèce (voir, p. ex., *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, par. 23, autorisation d’appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiv; *Markson*, par. 33; *Cloud*, par. 39).

V. Dispositif

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

ANNEXE

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6

5 (1) [Recours collectif certifié par le tribunal] Le tribunal saisi d’une motion visée à l’article 2, 3 ou 4 certifie qu’il s’agit d’un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure ou l’avis de requête révèlent une cause d’action;
- b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs;
- c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;
- e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui :
 - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

- (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
- (iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant AIC Limited: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the appellant CI Mutual Funds Inc.: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents: Rochon Genova, Toronto.

- (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
- (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante AIC Limitée : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'appelante CI Mutual Funds Inc. : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés : Rochon Genova, Toronto.

IBM Canada Limited *Appellant*

v.

Richard Waterman *Respondent*

INDEXED AS: IBM CANADA LIMITED v. WATERMAN

2013 SCC 70

File No.: 34472.

2012: December 14; 2013: December 13.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.

IBM dismissed W without cause on two months' notice. W was 65 years old, had 42 years of service, and had a vested interest in IBM's defined benefit pension plan. Under the plan, IBM contributed a percentage of W's salary to the plan on his behalf. Upon termination, W was entitled to a full pension, and his termination had no impact on the amount of his pension benefits.

W sued to enforce his contractual right to reasonable notice. The trial judge set the appropriate period of notice at 20 month and declined to deduct the pension benefits paid to W during the notice period in calculating his damages. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein J. dissenting): The appeal should be dismissed.

IBM Canada Limitée *Appelante*

c.

Richard Waterman *Intimé*

RÉPERTORIÉ : IBM CANADA LIMITÉE c. WATERMAN

2013 CSC 70

N° du greffe : 34472.

2012 : 14 décembre; 2013 : 13 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

IBM a congédié W sans motif valable en lui donnant un préavis de deux mois. W était alors âgé de 65 ans, comptait 42 années de service et avait un intérêt acquis dans le régime de retraite à prestations déterminées d'IBM. Aux termes du régime, IBM versait au nom de W un pourcentage de son salaire à la caisse de retraite. Au moment de son congédiement, W était admissible à une pension maximale et son congédiement n'avait aucune incidence sur le montant de ses prestations de retraite.

W a intenté une action en justice en vue de faire reconnaître son droit contractuel à un préavis raisonnable. Le juge de première instance a conclu qu'un préavis de 20 mois aurait dû être donné et a refusé, dans son calcul des dommages-intérêts, de déduire les prestations de retraite versées à W au cours de la période de préavis. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Per LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The rule that damages are measured by the plaintiff's actual loss does not cover all cases. The law has long recognized that applying the general rule of damages — the compensation principle — strictly and inflexibly sometimes leads to unsatisfactory results. Employee pension payments, including payments from a defined benefit plan, should generally not reduce the damages otherwise payable for wrongful dismissal. Pension benefits are a form of deferred compensation for the employee's service and constitute a type of retirement savings. They are not intended to be an indemnity for wage loss due to unemployment.

A compensating advantage arises if a source other than the damages payable by the defendant ameliorates the loss suffered by the plaintiff as a result of the defendant's breach of a legal duty. However, not all benefits received by a plaintiff raise a compensating advantages problem. A problem only arises with a compensating advantage when the advantage is one that (a) would not have accrued to the plaintiff but for the breach, or (b) was intended to indemnify the plaintiff for the sort of loss resulting from the breach.

The question is whether the compensation principle should be strictly applied and the compensating advantage should be deducted. Considerations other than the extent of the plaintiff's actual loss shape the way the compensation principle is applied. The deductibility of compensating advantages also depends on justice, reasonableness and public policy.

Benefits received by a plaintiff through private insurance are generally not deductible from damages awards. While there is no single marker to sort which benefits fall within the private insurance exception, the more closely the benefit is, in nature and purpose, an indemnity against the type of loss caused by the defendant's breach, the stronger the case for deduction. Whether the plaintiff has contributed to the benefit also remains a relevant consideration, although the basis for this is debatable. In general, a benefit will not be deducted if it is not an indemnity for the loss caused by the breach and the plaintiff has contributed in order to obtain entitlement to it. Finally, there is room in the analysis of the deduction issue for broader policy

Les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La règle selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction de la perte réelle du demandeur ne s'applique pas dans toutes les situations. Il est depuis longtemps reconnu en droit que l'application stricte et rigide de la règle générale des dommages-intérêts — le principe de l'indemnisation — donne parfois lieu à des résultats insatisfaisants. Les prestations de retraite versées aux employés, y compris les sommes versées au titre d'un régime à prestations déterminées, ne devraient généralement pas réduire le montant des dommages-intérêts autrement payables pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite sont une forme de rémunération différée pour les services rendus par l'employé et constituent un type d'épargne-retraite. Elles ne sont pas censées représenter une indemnité pour la perte de salaire découlant d'une perte d'emploi.

Il y a avantage compensatoire si un revenu d'une source autre que les dommages-intérêts payables par le défendeur atténue la perte causée au demandeur par le manquement du défendeur à une obligation légale. Les prestations qu'un demandeur peut toucher ne soulèvent toutefois pas toutes un problème d'avantages compensatoires. Un tel problème ne se pose que lorsque l'avantage est a) une prestation que le demandeur n'aurait pas reçue, n'eût été le manquement, ou b) une prestation qui visait à indemniser le demandeur pour la perte découlant du manquement.

Il faut se demander s'il convient d'appliquer de manière stricte le principe d'indemnisation et de déduire l'avantage compensatoire. L'application du principe d'indemnisation repose sur des facteurs autres que l'importance de la perte réelle du demandeur. La déductibilité des avantages compensatoires dépend aussi de la justice, de la raisonnable et de l'intérêt public.

Les prestations que reçoit un demandeur en application d'un régime d'assurance privée ne sont habituellement pas déductibles des dommages-intérêts. Bien qu'aucun facteur unique ne permette de déterminer les prestations qui sont visées par l'exception relative à l'assurance privée, plus la prestation s'apparente, de par sa nature et son objet, à un dédommagement du type de perte causée par le manquement du défendeur, plus les circonstances militent en faveur de la déduction. La question de savoir si le demandeur a contribué à la prestation demeure aussi pertinente, bien que son fondement soit discutable. En général, une prestation ne sera pas déduite s'il ne s'agit pas d'une indemnité pour la perte causée par le manquement du défendeur et que le

considerations such as the desirability of equal treatment of those in similar situations, the possibility of providing incentives for socially desirable conduct, and the need for clear rules that are easy to apply. While this exception is called the private insurance exception, it has been applied by analogy to a variety of payments that do not originate in a contract of insurance.

Although the courts have not relied on any broad “single contract” rule, where a cause of action and a benefit arise under the contract of employment, the terms of a contract and the dealings between the parties will inform the analysis.

A compensating advantage issue arises in this case: W received his full pension benefits and the salary he would have earned had he worked during the period of reasonable notice; had IBM given him working notice, he would have received only his salary during that period. However, the private insurance exception applies to benefits such as pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered as a result of the defendant’s breach. As such, the compensation principle should not be applied strictly in this case.

In this case, the factors clearly support not deducting the retirement pension benefits from wrongful dismissal damages. W’s contract of employment is silent on this issue, but it does not have any general bar against receiving full pension entitlement and employment income. W’s retirement pension is not an indemnity for wage loss, but rather a form of retirement savings. While IBM made all of the contributions to fund the plan, W earned his entitlement to benefits through his years of service, as the plan’s primary purpose is to provide periodic pension payments to eligible employees after retirement in respect of their service as employees. Thus, this case falls into the category of cases in which the insurance exception has always been applied — the benefit is not an indemnity and W contributed to the benefit.

Although *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315, is distinguishable on the facts, the factors it sets out support the conclusion that W’s benefits should

demandeur a contribué dans le but d’y avoir droit. Enfin, l’analyse de la question de la déduction permet l’examen de considérations de principe plus générales, comme le fait qu’il soit souhaitable que toutes les personnes dans des situations semblables reçoivent un traitement équivalent, la possibilité d’offrir des incitations pour une conduite sociale souhaitable et la nécessité que des règles claires puissent facilement s’appliquer. Cette exception dite relative à l’assurance privée a été appliquée par analogie à diverses prestations qui ne découlent pas d’un contrat d’assurance.

Bien que les tribunaux n’aient invoqué aucune règle générale du « contrat unique », les modalités du contrat et les rapports entre les parties guideront l’analyse lorsqu’une cause d’action et une prestation découlent du contrat de travail.

Une question d’avantage compensatoire se pose en l’espèce : W a touché le plein montant des prestations de retraite et le salaire qu’il aurait gagné s’il avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable; si IBM lui avait donné un préavis, il n’aurait touché que son salaire pendant cette période. Cependant, l’exception relative à l’assurance privée s’applique à des prestations comme les prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n’étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie en raison de la rupture du contrat de travail par le défendeur. Le principe d’indemnisation ne devrait donc pas être appliqué strictement en l’espèce.

Les facteurs de la présente affaire militent clairement en faveur de la non-déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Le contrat de travail de W ne précise rien sur ce point, mais n’interdit pas qu’une personne touche la pension maximale et le revenu d’emploi. Les prestations de retraite de W ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus mais plutôt une forme d’épargne-retraite. Bien qu’IBM ait fait toutes les cotisations au régime, W a acquis pendant ses années de service le droit de recevoir des prestations, parce que le régime vise principalement à assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles après la retraite pour les services qu’ils ont rendus à titre d’employés. Par conséquent, la présente espèce entre dans la catégorie des situations auxquelles l’exception relative à l’assurance s’est toujours appliquée : la prestation n’est pas une indemnité et W a cotisé au régime.

Même s’il faut distinguer la présente affaire de l’arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315, les facteurs qu’il énonce appuient la conclusion selon

not be deducted from his wrongful dismissal damages. The pension benefits were clearly not an indemnity benefit for loss of salary due to inability to work, and W's interest in the pension bears many of the hallmarks of a property right. Looking at the contract as a whole, it is not a fair implication that the parties agreed that pension entitlements should be deducted from wrongful dismissal damages.

Finally, the broader policy concerns in this case support not deducting the pension benefits. The law should not provide an economic incentive to dismiss pensionable employees rather than other employees. The other policy concerns raised by Justice Rothstein or present in *Sylvester* either do not arise here or are highly speculative.

Per McLachlin C.J. and Rothstein J. (dissenting): This case requires an assessment of W's loss under the terms of a single contract which gave rise to both a right to reasonable notice and a right to pension benefits. The private insurance exception has no application to such a case. Where a court is called upon to assess loss under a single contract, the plaintiff's entitlement turns on the ordinary governing principle that he should be put in the position he would have been in had the contract been performed. In this case, that means that the pension benefits W received must be deducted in calculating his damages for wrongful dismissal; not deducting would give W more than he bargained for and would charge IBM more than it agreed to pay.

The governing principle for damages upon breach of contract is that the non-breaching party should be provided with the financial equivalent of performance. Employer-provided benefits are integral components of the employment contract, so deductibility turns on the terms of the employment contract and the intention of the parties. Under the terms of W's employment contract, he would have been eligible to receive pension benefits only upon being terminated or retiring. Therefore, as in *Sylvester*, W's contractual right to wrongful dismissal damages and his contractual right to his pension are based on opposite assumptions about his availability to

laquelle les prestations de W ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite n'étaient manifestement pas des prestations indemnitaires pour perte de salaire en raison d'une incapacité à travailler, et l'intérêt de W dans les prestations de retraite revêt plusieurs des caractéristiques d'un droit de propriété. Lorsqu'on examine le contrat dans son ensemble, il n'est pas juste d'en inférer que les parties ont convenu que les droits à la pension devraient être déduits des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

Enfin, les préoccupations de principe plus générales en l'espèce appuient la non-déduction des prestations de retraite. La loi ne devrait pas avoir pour effet d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Les autres considérations de principe soulevées par le juge Rothstein ou présentes dans *Sylvester* n'entrent pas en ligne de compte en l'espèce ou sont éminemment conjecturales.

La juge en chef McLachlin et le juge Rothstein (dissidents) : Dans la présente affaire, il faut déterminer la perte subie par W selon les modalités d'un seul contrat qui a donné le droit à un préavis raisonnable et le droit de toucher des prestations de retraite. L'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas à un tel cas. Lorsqu'un tribunal est appelé à déterminer une perte aux termes d'un seul contrat, le droit du demandeur repose sur le principe ordinaire applicable suivant lequel celui-ci doit être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Cela signifie en l'espèce que les prestations de retraite que W a touchées doivent être déduites lors du calcul de ses dommages-intérêts pour congédiement injustifié; la non-déduction aurait pour effet de lui accorder davantage que ce qu'il a négocié et d'obliger IBM à verser une somme plus élevée que celle qu'elle a convenu de verser.

Selon le principe applicable en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat, la partie non fautive devrait recevoir l'équivalent matériel de la prestation qu'elle aurait obtenue si le contrat avait été respecté. Les prestations versées par l'employeur sont des éléments faisant partie intégrante du contrat de travail. Ainsi, la déductibilité repose sur les modalités du contrat de travail et sur l'intention des parties. Suivant les modalités de son contrat de travail, W aurait été admissible à des prestations de retraite uniquement à compter de son congédiement ou de sa retraite. Par conséquent, tout comme dans l'affaire *Sylvester*, le droit contractuel de

work. Damages cannot be paid on the assumption that he could have earned both.

This conclusion is necessitated by the fact that the pension plan at issue here is a defined benefit plan. Unlike a defined contribution plan, a defined benefit plan guarantees the employee fixed predetermined payments upon retirement for life. Deducting the benefits would provide the wrongfully terminated employee with exactly what he would have received had the employment contract been performed: an amount equal to his salary during the reasonable notice period and thereafter defined benefits for the rest of his life.

This is materially different from a defined contribution plan, which provides an employee with a finite total amount or lump sum of retirement benefits. Deducting benefits that a wrongfully terminated employee receives from a defined contribution plan would leave the employee in a worse position that he would have been in had his employment contract not been breached.

In this case, W's wrongful dismissal had no impact on his pension entitlement, and he could not have received both his salary and his pension benefits had he continued to work for IBM through the reasonable notice period. Whether the benefit is non-indemnity or contributory does not answer the question of whether the plaintiff will be provided with the financial equivalent of performance or will receive excess recovery under the governing principle of contract damages.

Furthermore, the private insurance exception is not applicable to cases that involve a single contract that is the source of both the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit. In such circumstances, there is no justification for resorting to the private insurance exception because the plaintiff's entitlement to the benefits is established based on the terms of his contract. If the plaintiff is entitled to the benefits under his contract, he will receive the benefits based on the ordinary governing principle that he should be placed in the position he would have been in had the contract been performed. There will be no need to reach the collateral

W à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations de retraite reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne la possibilité qu'il puisse travailler. On ne peut lui verser des dommages-intérêts en supposant qu'il aurait pu recevoir les deux montants.

Cette conclusion découle du fait que le régime de retraite en litige dans la présente affaire est un régime à prestations déterminées. Contrairement à un régime à cotisations déterminées, le régime à prestations déterminées garantit à l'employé des paiements prédéterminés fixes à compter de sa retraite, et ce, sa vie durant. Déduire les prestations permettrait à l'employé congédié injustement de recevoir exactement ce qu'il aurait reçu si le contrat de travail avait été respecté, soit un montant égal à son salaire au cours de la période de préavis raisonnable et, par la suite, des prestations déterminées sa vie durant.

Un tel régime se distingue sensiblement d'un régime à cotisations déterminées, qui permet à l'employé de recevoir en prestations de retraite un montant total ou un montant forfaitaire déterminé. Déduire les prestations que l'employé congédié injustement a retirées d'un régime de retraite à cotisations déterminées placerait l'employé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé si son contrat de travail avait été respecté.

En l'espèce, le congédiement injustifié de W n'a eu aucune incidence sur son droit aux prestations de retraite; W n'aurait pas pu toucher à la fois son salaire et ses prestations de retraite s'il avait continué à travailler pour IBM au cours de la période de préavis raisonnable. La nature non indemnitaire ou contributive des prestations n'offre pas de réponse à la question de savoir si le demandeur recevra l'équivalent matériel de la prestation qu'il aurait obtenue si le contrat avait été respecté ou s'il recevra une indemnisation excédentaire, suivant le principe applicable en matière de dommages-intérêts contractuels.

De plus, l'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas aux affaires portant sur un contrat unique à l'origine de la cause d'action du demandeur et de son droit à des prestations particulières. Dans ces circonstances, rien ne justifie le recours à l'exception relative à l'assurance privée parce que le droit du demandeur aux prestations est établi aux termes de son contrat. Si son contrat lui donne droit aux prestations, le demandeur touchera celles-ci en raison du principe ordinaire applicable suivant lequel il devrait être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Il ne sera pas nécessaire

benefit exception. A straightforward reading of *Sylvester* demonstrates that it is a fully applicable authority supporting the proposition that, under a single contract of employment, barring contractual provisions to the contrary, an individual cannot receive salary as if he is working and pension benefits as if he is retired. These are opposite, incompatible assumptions. Thus, applying *Sylvester* to this case, salary and pension income are not payable at the same time.

Cases Cited

By Cromwell J.

Distinguished: *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; **discussed:** *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; **referred to:** *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Sloas v. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (2010); *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Grand Trunk Railway v. Beckett* (1887), 16 S.C.R. 713; *Quebec Workmen's Compensation Commission v. Lachance*, [1973] S.C.R. 428; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101, aff'd (1993), 2 C.C.P.B. 99; *Emery v. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302; *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 86, 301 N.R. 321; *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502; *Hopkins v. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565; *Knapton v. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084; *Gilbert v. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

By Rothstein J. (dissenting)

Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc. (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1; *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.*

d'invoquer l'exception relative à la prestation parallèle. Une interprétation simple de *Sylvester* montre que cet arrêt est tout à fait favorable à la thèse voulant qu'aux termes d'un contrat de travail unique, sous réserve de dispositions contraires du contrat, une personne ne peut toucher un salaire comme si elle travaillait ainsi que des prestations de retraite comme si elle avait pris sa retraite. Il s'agit là d'hypothèses opposées et incompatibles. Ainsi, si l'on applique l'arrêt *Sylvester* en l'espèce, le salaire et le revenu de pension ne sont pas payables en même temps.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Distinction d'avec les arrêts : *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; **arrêt analysé :** *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; **arrêts mentionnés :** *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Sloas c. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (2010); *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Redpath c. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Grand Trunk Railway c. Beckett* (1887), 16 R.C.S. 713; *Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101, conf. par (1993), 2 C.C.P.B. 99; *Emery c. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 86 (CanLII); *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502; *Hopkins c. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565; *Knapton c. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084; *Gilbert c. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc. (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1; *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.*

(1992), 2 C.C.P.B. 101; *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 45.

Authors Cited

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
 Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
 Fleming, John G. “The Collateral Source Rule and Contract Damages” (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56.
 Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
 Marks, John. “Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not” (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Ogu, A. I. *The Law of Damages*. London: Butterworths, 1973.
 Perillo, Joseph M. “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705.
 Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.
 Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Prowse and Levine J.J.A.), 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241, 308 B.C.A.C. 304, 521 W.A.C. 304, 336 D.L.R. (4th) 481, [2011] 10 W.W.R. 425, 91 C.C.P.B. 60, 92 C.C.E.L. (3d) 289, [2011] B.C.J. No. 1453 (QL), 2011 CarswellBC 2023, affirming a decision of Goepel J., 2010 BCSC 376, 2010

(1992), 2 C.C.P.B. 101; *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Loi sur l’assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 45.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17.

Doctrine et autres documents cités

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
 Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
 Fleming, John G. « The Collateral Source Rule and Contract Damages » (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56.
 Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
 Marks, John. « Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not » (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Ogu, A. I. *The Law of Damages*. London: Butterworths, 1973.
 Perillo, Joseph M. « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705.
 Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.
 Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Prowse et Levine), 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241, 308 B.C.A.C. 304, 521 W.A.C. 304, 336 D.L.R. (4th) 481, [2011] 10 W.W.R. 425, 91 C.C.P.B. 60, 92 C.C.E.L. (3d) 289, [2011] B.C.J. No. 1453 (QL), 2011 CarswellBC 2023, qui a confirmé une décision du juge Goepel, 2010 BCSC

CLLC ¶210-021, [2010] B.C.J. No. 510 (QL), 2010 CarswellBC 679. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Rothstein J. dissenting.

D. Geoffrey Cowper, Q.C., and Lorene A. Novakowski, for the appellant.

Christopher J. Watson and Matthew G. Siren, for the respondent.

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] When IBM Canada Ltd. wrongfully dismissed its long-time employee, Richard Waterman, he had to start drawing his pension. The question before the Court is whether his receipt of those pension benefits reduces the damages otherwise payable by IBM for wrongful dismissal. The British Columbia courts decided not to deduct the pension benefits and IBM appeals.

[2] The question looks straightforward enough at first glance. The general rule is that contract damages should place the plaintiff in the economic position that he or she would have been in had the defendant performed the contract. IBM's obligation was to give Mr. Waterman reasonable notice of dismissal or pay in lieu of it. Had it given him reasonable working notice, he would have received only his regular salary and benefits during the period of notice. As it is, he in effect has received both his regular salary and his pension for that period. It therefore seems clear, under the general rule of contract damages, that the pension benefits should be deducted. Otherwise, Mr. Waterman is in a better economic position than he would have been in had there been no breach of contract.

376, 2010 CLLC ¶210-021, [2010] B.C.J. No. 510 (QL), 2010 CarswellBC 679. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein sont dissidents.

D. Geoffrey Cowper, c.r., et Lorene A. Novakowski, pour l'appelante.

Christopher J. Watson et Matthew G. Siren, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Quand IBM Canada Ltée a congédié injustement son employé de longue date, Richard Waterman, ce dernier a dû commencer à toucher sa pension. La Cour doit déterminer si la réception de ces prestations de retraite a pour effet de réduire les dommages-intérêts pour congédiement injustifié qu'IBM doit par ailleurs payer. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont décidé de ne pas déduire les prestations de retraite et IBM se pourvoit devant notre Cour.

[2] La question semble assez simple à première vue. Selon la règle générale, les dommages-intérêts contractuels devraient placer le demandeur dans la situation financière où il se serait trouvé si le défendeur avait respecté le contrat. IBM était tenue de donner à M. Waterman un avis de congédiement raisonnable ou une indemnité de préavis. Si elle lui avait donné un préavis raisonnable, M. Waterman n'aurait reçu pendant cette période que son salaire et ses avantages réguliers. En l'espèce, il a en fait touché son salaire régulier ainsi que ses prestations de retraite pendant cette période. Il semble donc clair, selon la règle générale applicable aux dommages-intérêts en matière contractuelle, que les prestations de retraite devraient être déduites. Sinon, M. Waterman se trouve dans une meilleure situation financière qu'il ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu violation du contrat.

[3] On closer study, however, the question raised on appeal is not as simple as that. The case in fact raises one of the most difficult topics in the law of damages, namely when a “collateral benefit” or a “compensating advantage” received by a plaintiff should reduce the damages otherwise payable by a defendant. The law has long recognized that applying the general rule of damages strictly and inflexibly sometimes leads to unsatisfactory results. The question is how to identify the situations in which that is the case.

[4] In my view, employee pension payments, including payments from a defined benefit plan as in this case, are a type of benefit that should generally not reduce the damages otherwise payable for wrongful dismissal. Both the nature of the benefit and the intention of the parties support this conclusion. Pension benefits are a form of deferred compensation for the employee’s service and constitute a type of retirement savings. They are not intended to be an indemnity for wage loss due to unemployment. The parties could not have intended that the employee’s retirement savings would be used to subsidize his or her wrongful dismissal. There is no decision of this Court in which a non-indemnity benefit to which the plaintiff has contributed, such as the pension benefits in issue here, has ever been deducted from a damages award.

[5] I would dismiss IBM’s appeal and affirm the result arrived at by the British Columbia courts.

II. Overview of Facts and Proceedings

[6] When IBM dismissed Mr. Waterman without cause on March 23, 2009, he was 65 years old and had 42 years of service. He was a long-standing member of IBM’s defined benefit pension plan,

[3] Cependant, lorsqu’on l’examine de plus près, la question soulevée en appel n’est pas aussi simple. La présente affaire soulève en fait l’un des sujets les plus complexes du droit des dommages-intérêts, à savoir quand une « prestation parallèle » ou un « avantage compensatoire » qu’a reçu un demandeur devrait avoir pour effet de réduire les dommages-intérêts autrement payables par un défendeur. Il est depuis longtemps reconnu en droit que l’application stricte et rigide de la règle générale des dommages-intérêts donne parfois lieu à des résultats insatisfaisants. Il s’agit donc de déterminer comment identifier les situations où un tel résultat survient.

[4] À mon avis, les prestations de retraite versées aux employés, y compris les sommes versées au titre d’un régime de retraite à prestations déterminées comme en l’espèce, constituent un type de prestations qui ne devraient généralement pas réduire le montant des dommages-intérêts autrement payables pour congédiement injustifié. Cette conclusion repose tant sur la nature de la prestation que sur l’intention des parties. Les prestations de retraite sont une forme de rémunération différée pour les services rendus par l’employé et constituent un type d’épargne-retraite. Elles ne sont pas censées représenter une indemnité pour la perte de salaire découlant d’une perte d’emploi. Les parties n’auraient pu vouloir que l’épargne-retraite de l’employé soit utilisée pour financer son congédiement injustifié. Notre Cour n’a jamais rendu de décision dans laquelle une prestation non indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué, comme les prestations de retraite en l’espèce, a été déduite des dommages-intérêts accordés.

[5] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi d’IBM et de confirmer le résultat auquel sont arrivés les tribunaux de la Colombie-Britannique.

II. Aperçu des faits et procédures

[6] Lorsque IBM a congédié M. Waterman sans motif valable le 23 mars 2009, celui-ci était alors âgé de 65 ans et comptait 42 années de service. Il cotisait depuis longtemps au régime de retraite à

which I will refer to simply as “the plan”. IBM contributed a percentage of his salary to the plan on his behalf and the plan guaranteed specific benefits, which became vested over time, upon retirement.

[7] At the time of the termination, there was no longer a mandatory retirement policy in place for IBM employees. However, Mr. Waterman was entitled to a full pension under the plan and his termination had no impact on the amount of his pension benefits. IBM told Mr. Waterman that on termination, he *would* be treated as a retiree and that he *must* begin receiving monthly pension payments as of that date.

[8] An employee like Mr. Waterman, who is entitled to retire with his full pension but has not reached the age of 71, cannot receive both pension and employment income from IBM at the same time. That changes at age 71, when he or she must start drawing benefits and may continue working and earning employment income from IBM. We have not been referred to any provision in the plan that would prevent a retiree, regardless of age, from receiving benefits under the plan and employment income from a different employer.

[9] Mr. Waterman sued for wrongful dismissal and the matter proceeded to summary trial in the Supreme Court of British Columbia. The trial judge, Goepel J., found that the appropriate period of notice was 20 months. IBM’s position was (and is) that Mr. Waterman’s pension benefits (approximately \$2,124 per month starting June 1, 2009) should be deducted from the salary and benefits otherwise payable during this period. The trial judge rejected this position: 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021.

[10] IBM’s appeal from this decision was dismissed by the British Columbia Court of Appeal. Writing for the court, Prowse J.A. relied on this Court’s judgment in *Sylvester v. British Columbia*,

prestations déterminées d’IBM, que j’appellerai simplement « le régime ». IBM versait au régime un pourcentage de son salaire en son nom et le régime lui garantissait, dès qu’il prenait sa retraite, le versement de prestations déterminées, acquises au fil du temps.

[7] Au moment du congédiement de M. Waterman, les employés d’IBM n’étaient plus assujettis à une politique de retraite obligatoire. M. Waterman était toutefois admissible à une pension maximale en vertu du régime, et son congédiement n’avait aucune incidence sur le montant de ses prestations de retraite. IBM a informé M. Waterman qu’au moment de la cessation de son emploi il *serait* traité comme un retraité et qu’il *devait* commencer à toucher ses prestations mensuelles de retraite à cette date.

[8] Un employé comme M. Waterman, qui est en droit de prendre sa retraite et de toucher la pension maximale, mais qui n’a pas atteint l’âge de 71 ans, ne peut pas toucher en même temps des prestations de retraite et un revenu d’emploi d’IBM. Cependant, à l’âge de 71 ans, l’employé doit commencer à toucher ses prestations et peut continuer à travailler et à recevoir un revenu d’emploi d’IBM. On n’a porté à notre attention aucune disposition du régime qui empêcherait un retraité, peu importe son âge, de recevoir les prestations prévues au régime et un revenu d’emploi d’un autre employeur.

[9] M. Waterman a intenté une action pour congédiement injustifié et l’affaire a été instruite sommairement par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En première instance, le juge Goepel a conclu que M. Waterman aurait dû recevoir un préavis de 20 mois. Selon IBM, les prestations de retraite de M. Waterman (environ 2 124 \$ par mois à compter du 1^{er} juin 2009) devraient être déduites du salaire et des prestations autrement payables durant cette période. Le juge de première instance a rejeté cette prétention : 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021.

[10] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté l’appel de cette décision interjeté par IBM. S’exprimant au nom de la cour, la juge Prowse s’est fondée sur l’arrêt de notre Cour *Sylvester c.*

[1997] 2 S.C.R. 315. However, she concluded that the distinctions between the benefits and the intentions of the parties in the two cases led to a different conclusion in this case: 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241.

III. Positions of the Parties

[11] On its appeal to this Court, IBM makes two main points. It submits, first, that the result reached by the British Columbia courts is at odds with the compensatory goal of damages for wrongful dismissal. IBM points out that even if it had given Mr. Waterman adequate working notice of his termination, he would not have received both his employment income and his pension benefits during the notice period. By awarding him damages for the full notice period without deduction of the pension benefits received during that period, the British Columbia courts have placed him in a better economic position than he would have been in had IBM performed the contract. Second, IBM maintains that the Court in *Sylvester* held that these sorts of benefits are part of an integrated employment relationship and, unless deducted, the employee collecting them would receive greater compensation than would an employee lawfully dismissed with working notice.

[12] Mr. Waterman urges us to reject IBM's position. He submits that the pension is the property of the employee that is earned through work and consists of a benefit that is part of the employee's remuneration package. The pension is like a "nest egg", RRSP or savings account, which IBM could not take advantage of to offset the damages awarded. Mr. Waterman could have transferred the value of his pension to another vehicle if he had left employment with IBM before reaching the age of 65 and his retirement savings would consequently have been out of reach. As for the intention of the parties, there is no provision in the pension plan expressly prohibiting concurrent reception of

Colombie-Britannique, [1997] 2 R.C.S. 315. Elle a toutefois conclu que les distinctions entre les prestations et les intentions des parties dans les deux affaires justifiaient une conclusion différente dans la présente affaire : 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241.

III. Positions des parties

[11] En appel devant notre Cour, IBM fait valoir deux arguments principaux. Premièrement, elle plaide que le résultat auquel sont arrivées les cours de la Colombie-Britannique va à l'encontre de l'objectif d'indemnisation que vise l'attribution de dommages-intérêts pour congédiement injustifié. IBM souligne que, même si elle avait donné à M. Waterman un préavis de cessation d'emploi suffisant, ce dernier n'aurait pas touché son salaire en plus de ses prestations de retraite durant la période visée par le préavis. En lui accordant des dommages-intérêts pour la totalité de la période de préavis sans déduction des prestations de retraite reçues pendant cette période, les cours de la Colombie-Britannique l'ont placé dans une situation financière meilleure qu'il ne l'aurait été si IBM avait respecté le contrat. Deuxièmement, IBM soutient que, dans l'arrêt *Sylvester*, la Cour a conclu que ce type de prestations s'inscrit dans une relation d'emploi intégrée et, à moins que les prestations ne soient déduites, l'employé qui les touche recevrait une indemnité plus élevée que l'employé qui serait légalement congédié avec un préavis.

[12] M. Waterman nous demande instamment de rejeter la thèse d'IBM. Il plaide que les prestations de retraite appartiennent à l'employé. Elles sont acquises dans le cadre du travail et constituent un avantage prévu par le programme de rémunération de l'employé. La pension est comparable à un « bas de laine », à un REÉR ou à un compte d'épargne, et IBM ne peut s'en prévaloir pour compenser les dommages-intérêts accordés. M. Waterman aurait pu transférer la valeur de ses prestations de retraite dans un autre instrument d'épargne s'il avait quitté son emploi chez IBM avant l'âge de 65 ans et son épargne-retraite aurait donc été à l'abri. Pour ce qui est de l'intention des parties, aucune disposition

salary and pension benefits. It was therefore up to the courts to determine the parties' intention, which the Court of Appeal correctly did in its decision.

IV. Analysis

[13] In my respectful view, both of IBM's main arguments must be rejected. The general principle of compensation is not a full answer to the issue. The question is whether this case falls within an exception to it and in my view it does. The Court's decision in *Sylvester* is distinguishable and, in fact, its reasoning supports the conclusion that the pension benefits should not be deducted.

[14] There are three key matters that need to be considered in order to answer the question posed by the appeal. I will set them out here with a summary of my conclusions.

A. Why is there a "collateral benefit" problem in this case?

[15] A collateral benefit is a gain or advantage that flows to the plaintiff and is connected to the defendant's breach. This connection may exist either because there is a "but for" causal link between the breach and the receipt of the benefit or because the benefit was intended to provide the plaintiff with an indemnity for the type of loss caused by the breach. The problem raised by collateral benefits is the question of whether they should be deducted from the damages otherwise payable by the defendant on account of the breach. This case raises a collateral benefit problem because there is a "but for" causal link between the IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of the benefit. He would not have received the pension benefits and full salary in lieu of working notice "but for" the dismissal.

du régime de retraite n'interdit expressément que soient versés concurremment un salaire et des prestations de retraite. Il appartenait donc aux tribunaux de déterminer l'intention des parties, ce que la Cour d'appel a correctement fait dans sa décision.

IV. Analyse

[13] À mon humble avis, les deux principaux arguments d'IBM doivent être rejetés. Le principe général de l'indemnisation ne constitue pas une réponse complète à la question en litige. Il s'agit de savoir si une exception à ce principe s'applique à la présente affaire, et j'estime que c'est le cas. Il faut distinguer la présente affaire de la décision rendue par la Cour dans *Sylvester* et, en fait, le raisonnement qu'on y trouve étaye la conclusion selon laquelle les prestations de retraite ne devraient pas être déduites.

[14] Trois points déterminants doivent être examinés afin de répondre à la question soulevée dans ce pourvoi. Je les exposerai ici avec un résumé de mes conclusions.

A. Pourquoi la « prestation parallèle » pose-t-elle problème en l'espèce?

[15] Une prestation parallèle est un gain ou un avantage qu'obtient le demandeur et qui est lié à la violation commise par le défendeur. Ce lien peut exister soit du fait de l'existence d'une relation causale entre la violation et l'obtention de la prestation, soit du fait que la prestation visait à indemniser le demandeur pour le type de perte causée par la violation. Le problème que soulèvent les prestations parallèles est qu'on ne sait pas si elles devraient ou non être déduites des dommages-intérêts autrement payables par le défendeur en raison de la violation. La présente affaire soulève un problème de prestation parallèle parce qu'il existe une cause déterminante entre la rupture de contrat de la part d'IBM et l'obtention des prestations par M. Waterman. N'eût été le congédiement, ce dernier n'aurait pas touché les prestations de retraite et son plein salaire à titre d'indemnité de préavis.

B. Is the compensation principle the answer to the problem?

[16] The principle that the defendant should compensate the plaintiff only for his or her actual loss is not, on its own, an answer to the problem. There are exceptions to the strict application of this principle, the most important of which is the exception for private insurance and other benefits which, for this purpose, are considered analogous to private insurance. That exception applies not only to insurance benefits in the strict sense, but also to other benefits such as pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered as a result of the defendant's breach.

C. Does the Court's decision in *Sylvester* support IBM's position that the pension benefits must be deducted?

[17] In my view, it does not. *Sylvester* is distinguishable. The reasoning in *Sylvester* in fact supports the conclusion that Mr. Waterman's pension benefits should *not* be deducted from the wrongful dismissal damages otherwise payable by IBM.

[18] My more detailed analysis follows.

A. *Why Is There a Collateral Benefit Problem in This Case?*

[19] It will be helpful to start by explaining what a collateral benefit problem is and why we have one here.

(1) What Is a Collateral Benefit Problem?

[20] In general terms, there is a collateral benefit when a source other than the damages payable by the defendant ameliorates the loss suffered by the plaintiffs as a result of the defendant's breach of

B. Le principe d'indemnisation offre-t-il une solution au problème?

[16] Le principe voulant que le défendeur devrait indemniser le demandeur seulement pour la perte réellement subie n'offre pas, en soi, une solution au problème. Il existe des exceptions à l'application rigide de ce principe, la plus importante étant l'exception relative à l'assurance privée et aux autres avantages qui, pour l'application de l'exception, sont considérés comme analogues à l'assurance privée. Cette exception s'applique non seulement aux prestations d'assurance au sens strict, mais aussi à d'autres prestations comme les prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n'étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie en raison de la rupture du contrat de travail par le défendeur.

C. L'arrêt *Sylvester* de notre Cour appuie-t-il la thèse d'IBM selon laquelle les prestations de retraite doivent être déduites?

[17] Je ne crois pas que ce soit le cas. L'arrêt *Sylvester* peut être distingué de l'affaire qui nous occupe. En fait, le raisonnement exposé dans *Sylvester* étaye la conclusion selon laquelle les prestations de retraite de M. Waterman *ne* devraient *pas* être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié autrement payables par IBM.

[18] Voici mon analyse plus détaillée.

A. *Pourquoi la prestation parallèle pose-t-elle problème en l'espèce?*

[19] Il est utile d'expliquer tout d'abord ce qu'est un problème de prestation parallèle et pourquoi ce problème se pose en l'espèce.

(1) Qu'est-ce qu'un problème de prestation parallèle?

[20] De façon générale, il y a une prestation parallèle quand un revenu d'une source autre que les dommages-intérêts payables par le défendeur atténue la perte causée au demandeur par le manquement

legal duty: J. Cassels and E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages* (2nd ed. 2008), at p. 416. For example, if an employee is wrongfully dismissed, but receives employment insurance benefits, those benefits are a collateral benefit. The problem is whether they should be deducted from the damages the defendant will pay for wrongful dismissal.

[21] If we simply apply the compensation principle — that the plaintiff should recover his or her actual economic loss but not more — the answer is straightforward. If we do not deduct the collateral benefit, the plaintiff will be in a better position than he or she would have been in had the employment contract been performed. To apply the compensation principle, we should consider not only the plaintiff's losses but also any gains that flow from the defendant's breach. The collateral benefit problem asks whether we should apply the compensation principle and deduct or depart from it and not deduct.

[22] There is considerable overlap between the collateral benefit problem and the questions of mitigation. The main distinction is this: mitigation is concerned with whether the plaintiff acted reasonably after the defendant's breach in order to reduce losses. The collateral benefit question, in contrast, is concerned with whether some compensating advantage that was in fact received by the plaintiff, most often as a result of arrangements made before the breach, should be taken into account in assessing the plaintiff's damages: see A. I. Ogus, *The Law of Damages* (1973), at pp. 87-88.

(2) When Does a Collateral Benefit Problem Arise?

[23] Not all benefits received by a plaintiff raise a collateral benefit problem. Before there is any question of deduction, the receipt of the benefit

du défendeur à son obligation légale : J. Cassels et E. Adjin-Tettey, *Remedies : The Law of Damages* (2^e éd. 2008), p. 416. Prenons l'exemple d'un employé congédié injustement qui reçoit des prestations d'assurance-emploi. Ces prestations constituent des prestations parallèles. Le problème est de savoir si elles devraient être déduites des dommages-intérêts que le défendeur versera pour congédiement injustifié.

[21] Si nous appliquons simplement le principe d'indemnisation — à savoir que le demandeur devrait recouvrer la perte économique qu'il a réellement subie, mais rien de plus — la réponse est simple. Si nous ne déduisons pas la prestation parallèle, le demandeur se trouvera dans une situation financière meilleure qu'elle ne l'aurait été si le contrat d'emploi avait été respecté. Pour appliquer le principe d'indemnisation, nous devons examiner non seulement les pertes du demandeur, mais aussi les gains découlant du manquement par le défendeur. Le problème des prestations parallèles consiste à se demander si nous devrions appliquer le principe d'indemnisation et déduire les prestations parallèles, ou si nous devrions nous écarter de ce principe et ne pas les déduire.

[22] Il existe un recoupement important entre le problème de la prestation parallèle et celui de la limitation du préjudice. La principale distinction est la suivante : la limitation du préjudice s'intéresse à la question de savoir si, après que le défendeur a manqué à son obligation, le demandeur a agi raisonnablement afin d'atténuer sa perte. Par contre, la question de la prestation parallèle consiste à se demander si un avantage compensatoire reçu par le demandeur, la plupart du temps à la suite de mesures prises avant le manquement, devrait être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts dus au demandeur : voir A. I. Ogus, *The Law of Damages* (1973), p. 87-88.

(2) Dans quelles circonstances la prestation parallèle pose-t-elle problème?

[23] Les prestations qu'un demandeur peut toucher ne soulèvent pas toutes un problème de prestation parallèle. La question de la déduction ne

must constitute some form of excess recovery for the plaintiff's loss and it must be sufficiently connected to the defendant's breach of legal duty.

[24] For example, there is no excess recovery if the party supplying the benefit is subrogated to — that is, steps into the place of — the plaintiff and recovers the value of the benefit. In those circumstances, the defendant pays the damages he or she has caused, the party who supplied the benefit is reimbursed out of the damages and the plaintiff retains compensation only to the extent that he or she has actually suffered a loss: see, e.g., *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, at pp. 386-88, *per* McLachlin J., as she then was, dissenting in part. (The employment insurance example that I mentioned earlier is now resolved in this way by statute: see below, at para. 44.)

[25] Even if there is some form of excess recovery, however, there is only a collateral benefit problem if the benefit is sufficiently connected to the defendant's breach. This requirement of sufficient connection serves a purpose with respect to collateral benefits that is analogous to that served by rules of causation and remoteness with respect to damages. Just as plaintiffs cannot recover all losses, no matter how loosely related to the defendant's breach or how far beyond the parties' reasonable contemplation, so too the defendant does not get credit for all benefits accruing to the plaintiff, no matter how loosely connected to the defendant's wrongful conduct.

[26] Before turning to the nature of the required link, I note that scholars have objected to the term "collateral benefit" because it assumes the answer to the question. The word "collateral" suggests that the benefit should not be taken into account. But of course the legal problem is whether or not the benefit should be deducted. Scholars have suggested that the term "compensating advantages" is

se pose que si la prestation reçue par le demandeur constitue une sorte d'indemnisation excédentaire pour la perte qu'il a subie, et il doit exister un lien suffisant entre cette prestation et le manquement du défendeur à son obligation légale.

[24] Par exemple, une indemnisation n'est pas excédentaire si la partie qui verse la prestation est subrogée dans les droits du demandeur — c'est-à-dire qu'elle se substitue au demandeur — et recouvre la valeur de la prestation. Dans de telles circonstances, le défendeur répare le préjudice qu'il a causé, la partie qui a versé les prestations est remboursée à même les dommages-intérêts et le demandeur ne conserve que cette partie de l'indemnité qui couvre la perte réellement subie : voir, p. ex., *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, p. 386-388, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dissidente en partie. (Dans l'exemple de l'assurance-emploi déjà évoqué, la loi prévoit maintenant cette solution : voir plus loin au par. 44.)

[25] Toutefois, même en présence d'une certaine forme d'indemnisation excédentaire, le problème de la prestation parallèle ne se pose que s'il existe un lien suffisant entre les prestations et le manquement du défendeur. Cette exigence d'un lien suffisant est utile quant à la question des prestations parallèles de la même façon que les règles de la causalité et de l'éloignement sont utiles en matière de dommages-intérêts. Tout comme le demandeur ne peut pas recouvrer en totalité sa perte, peu importe qu'il n'y ait qu'un lien ténu entre la perte et le manquement du défendeur ou que la perte dépasse largement ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager, le défendeur ne peut profiter de tous les avantages dont bénéficie le demandeur, peu importe qu'il n'y ait qu'un lien ténu entre les avantages et le comportement fautif du défendeur.

[26] Avant de traiter de la nature du lien requis, je tiens à signaler que des auteurs se sont opposés à l'expression « prestation parallèle » parce qu'elle suggère la réponse à la question. Le mot « parallèle » donne à penser que la prestation ne devrait pas être prise en compte. Se pose évidemment le problème juridique de savoir si la prestation devrait être déduite. Selon certains

a better one and that is the term I will use in my reasons: see, e.g., Ogus, at pp. 93-94; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd ed. 2004), at p. 156; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at para. 15.700.

[27] Another problem with the terms “collateral benefit” or “collateral source” is that they suggest that the test for whether a benefit is deductible is whether it is “collateral”, that is, independent of the relation between the plaintiff and the defendant. Some of the American jurisprudence, for example, has recognized that this “independence” test is an oversimplification which does not explain the treatment of benefit in the cases: see, e.g., *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), at pp. 931-33. Moreover, it can lead to fruitless semantic debates about whether a benefit is or is not “collateral” or “independent” rather than furthering principled analysis. As one court put it, that a benefit “comes from the defendant tortfeasor does not itself preclude the possibility that it is from a collateral source. The plaintiff may receive benefits from the defendant himself which, because of their nature, are not considered double compensation”: *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), at p. 450; *Sloas v. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (4th Cir. 2010), at p. 389. As we shall see, several factors other than the source of the benefit may be considered in order to determine whether it should be deducted.

[28] Returning to the issue of connection between the benefit and the breach, the question is what sort of link is required before the issue about deduction arises. The cases suggest two answers. The advantage must either be one that (a) would not have accrued to the plaintiff “but for” the defendant’s breach or (b) was intended to indemnify the plaintiff for the sort of loss resulting from it. If neither of these conditions is present, there is no

auteurs, l’expression [TRADUCTION] « avantages compensatoires » conviendrait mieux, et c’est l’expression que j’utiliserai dans mes motifs : voir, p. ex., Ogus, p. 93-94; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3^e éd. 2004), p. 156; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5^e éd. 2012), par. 15.700.

[27] Les expressions « prestation parallèle » ou « source parallèle » posent un autre problème : elles laissent entendre que le critère pour déterminer si une prestation est déductible consiste à savoir si elle est « parallèle », c’est-à-dire indépendante de la relation entre le demandeur et le défendeur. Une partie de la jurisprudence américaine, par exemple, reconnaît que ce critère d’« indépendance » constitue une simplification excessive qui n’explique pas la façon dont les prestations sont traitées dans la jurisprudence : voir, p. ex., *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), p. 931-933. Qui plus est, ce critère risque de susciter des débats sémantiques inutiles quant à savoir si une prestation est ou n’est pas « parallèle » ou « indépendante », plutôt que de faire avancer une analyse raisonnée. Pour reprendre les termes employés par un tribunal, le fait qu’une prestation [TRADUCTION] « provienne du défendeur auteur du délit n’écarte pas la possibilité qu’elle provienne d’une source parallèle. Le demandeur peut recevoir du défendeur des prestations qui, vu leur nature, ne sont pas considérées comme une double indemnisation » : *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), p. 449-450; *Sloas c. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (4th Cir. 2010), p. 389. Comme nous le verrons, pour déterminer si la prestation devrait être déduite, plusieurs facteurs autres que sa source peuvent être pris en compte.

[28] Pour revenir à la question du lien entre la prestation et le manquement, il faut se demander quel genre de lien est requis avant que ne se pose la question de la déduction. La jurisprudence suggère deux réponses. La prestation doit être soit a) une prestation que le demandeur n’aurait pas reçue, n’eût été le manquement du défendeur, ou b) une prestation qui visait à indemniser le demandeur pour la perte découlant du manquement. Si aucune

issue about deduction. If either of these conditions is present, there is.

[29] In relation to the “but for” connection between the breach and the advantage, consider this example. A plaintiff who has been injured by a defendant’s negligence buys a lottery ticket, as is his usual practice, and wins a large sum of money. No one would argue that the amount of the winnings should be deducted from the damages payable by the defendant. There is no “but for” causal connection between the defendant’s negligence and the plaintiff’s purchase of the winning ticket: see *Burrows*, at p. 156.

[30] Even if there is no “but for” causal link between a benefit and the breach, there may still be a problem about whether a benefit should be deducted. This will occur where the benefit and the breach are connected in the sense that the benefit is intended to indemnify the type of loss caused by the breach — *Sylvester* is an example. Mr. Sylvester was unable to work and receiving disability payments under his employment contract when he was wrongfully dismissed. There was clearly no causal link between the employer’s failure to give reasonable notice of termination (or payment in lieu of notice) and the receipt of the disability benefits. Nonetheless, the Court found that there was a compensating advantages problem. As Major J. pointed out, the disability benefits were intended to be a substitute for Mr. Sylvester’s regular salary: para. 14. In other words, the benefit was intended to be an indemnity for the loss of the regular salary, precisely the sort of loss that resulted from the defendant’s breach of the employment contract.

[31] The existence of these sorts of links between the breach and the benefit identifies whether there is a compensating advantage problem. But the existence of such a link is not a reliable marker of whether a particular benefit should be deducted. Relying on strict principles of causation, for example, often conceals unarticulated policy concerns: see, e.g., *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.),

de ces conditions n’est présente, la question de la déduction ne se pose pas. Mais elle se pose si l’une ou l’autre de ces conditions est présente.

[29] En ce qui a trait au lien déterminant entre le manquement et l’avantage, prenons l’exemple du demandeur qui a subi un préjudice à cause de la négligence d’un défendeur, qui achète un billet de loterie, comme il en a l’habitude, et qui gagne une somme d’argent importante. Personne ne dirait que les gains devraient être déduits des dommages-intérêts payables par le défendeur. Il n’existe aucun lien déterminant entre la négligence du défendeur et l’achat du billet gagnant par le demandeur : voir *Burrows*, p. 156.

[30] Même s’il n’y a aucun lien déterminant entre une prestation et le manquement, la question de savoir si une prestation devrait être déduite peut tout de même se poser. Ce sera le cas lorsqu’il existe un lien entre la prestation et le manquement en ce sens que la prestation vise à indemniser le type de perte causée par le manquement — comme c’était le cas dans *Sylvester*. M. Sylvester était incapable de travailler et recevait des prestations d’invalidité en vertu de son contrat de travail lorsqu’il a été congédié injustement. De toute évidence, il n’existait aucun lien de causalité entre le fait que l’employeur n’ait pas donné un préavis raisonnable de cessation d’emploi (ou une indemnité tenant lieu de préavis) et le fait que M. Sylvester recevait des prestations d’invalidité. Néanmoins, la Cour a conclu que la question des avantages compensatoires posait problème. Comme l’a souligné le juge Major, les prestations d’invalidité visaient à remplacer le salaire versé ordinairement à M. Sylvester : par. 14. Autrement dit, la prestation visait à l’indemniser pour la perte de son salaire régulier, précisément le type de perte résultant de la rupture du contrat de travail par le défendeur.

[31] L’existence de liens de ce genre entre le manquement et la prestation permet de savoir s’il existe un problème d’avantage compensatoire. Cependant, l’existence d’un tel lien n’indique pas nettement qu’une prestation donnée devrait être déduite. Le fait de se fonder sur les principes rigoureux de la causalité, par exemple, cache souvent des préoccupations de principe non exprimées : voir, p. ex.,

at pp. 34-35, *per* Lord Pearce; Ogus, at pp. 225-26; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at pp. 965-66. Similarly, the indemnity factor is not a reliable marker of which benefits are or are not deductible. This is clear, for example, from the Court's decision in *Cunningham*. In issue were disability benefits provided for under collective agreements. They were clearly intended to provide an indemnity for wage loss arising from an inability to work. Nonetheless, the Court held that the benefits should *not* be deducted.

[32] To sum up, a potential compensating advantage problem exists if the plaintiff receives a benefit that would result in compensation of the plaintiff beyond his or her actual loss and *either* (a) the plaintiff would not have received the benefit but for the defendant's breach, *or* (b) the benefit is intended to be an indemnity for the sort of loss resulting from the defendant's breach. These factors identify a potential problem with a compensating advantage, but do not decide how it should be resolved.

(3) Why Is There a Problem About Deduction in This Case?

[33] A compensating advantage issue arises in this case. First, there is an element of excess compensation. Mr. Waterman has received his full pension benefits and, in addition, the salary he would have earned had he worked during the period of reasonable notice (less an allowance for his earnings from other employment). Had IBM not breached the contract of employment and instead given him working notice, he would have received only his salary during that period and not his pension. Second, there is a "but for" causal relationship between IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of the pension benefits. One could say that it was the pension plan rather than IBM's breach of contract that gave rise to the benefit, but it is artificial to suggest that there is no "but for" causal link between IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of his pension

Parry c. Cleaver, [1970] A.C. 1 (H.L.), p. 34-35, lord Pearce; Ogus, p. 225-226; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 965-966. De même, le facteur de l'indemnité n'indique pas nettement les prestations qui sont ou ne sont pas déductibles. Cela ressort clairement, par exemple, de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Cunningham* où il était question des prestations d'invalidité prévues dans les conventions collectives. Ces prestations visaient clairement à indemniser les pertes de salaire résultant de l'incapacité de travailler. Malgré tout, la Cour a conclu que les prestations *ne* devraient *pas* être déduites.

[32] En résumé, un problème en matière d'avantages compensatoires peut survenir si, en recevant une prestation, le demandeur est indemnisé au-delà de la perte réelle qu'il a subie et *s'il s'avère* a) qu'il n'aurait pas reçu cette prestation n'eût été du manquement du défendeur, *ou* b) que la prestation devait servir d'indemnité pour le type de perte découlant du manquement du défendeur. Ces facteurs permettent de déceler un problème potentiel d'avantage compensatoire, mais n'indiquent pas la façon de le régler.

(3) Pourquoi la déduction pose-t-elle un problème en l'espèce?

[33] Une question d'avantage compensatoire se pose en l'espèce. Premièrement, il existe un élément d'indemnisation excédentaire. M. Waterman a touché le plein montant des prestations de retraite, en plus du salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable (déduction faite de son revenu tiré d'un autre emploi). Si IBM avait respecté le contrat d'emploi et lui avait donné un préavis, il n'aurait touché que son salaire pendant cette période; il n'aurait pas touché les prestations de retraite. Deuxièmement, il existe un lien de causalité déterminant entre la rupture du contrat par IBM et le fait que M. Waterman ait touché des prestations de retraite. On pourrait dire que c'est le régime de retraite, plutôt que la rupture de contrat par IBM, qui l'a rendu admissible aux prestations, mais il est factice de prétendre qu'il n'existe aucun lien déterminant entre la rupture

benefits: “but for” the breach, there would have been no termination and, “but for” the termination, Mr. Waterman would not have started to collect his pension. Given that there was double recovery and that the benefit would not have arisen but for IBM’s breach, we must decide whether the benefit should or should not be deducted from damages otherwise payable by IBM.

B. Is the Compensation Principle the Answer to the Problem?

[34] IBM’s first main point is that the compensation principle requires the pension benefits to be deducted. Mr. Waterman is better off as a result of the damage award than he would have been if IBM had given reasonable working notice. It follows, in IBM’s submission, that the pension benefits must be deducted so that the damage award places Mr. Waterman in the economic position he would have been in had IBM given him reasonable working notice. This is essentially the position adopted by my colleague Rothstein J.

[35] While I agree that the damage award is a departure from the compensation principle, this in itself is not an answer to the problem posed by the appeal. As I will explain, the compensation principle cannot be, and is not, applied strictly or inflexibly in a manner that is divorced from other considerations. The question is whether the compensation principle should be strictly applied in this case. In my view, it should not. To explain why, it is helpful to look first at why the compensation principle is not applied strictly, or at all, in various situations.

de contrat par IBM et le fait que M. Waterman ait touché ses prestations de retraite. N’eût été la rupture du contrat, M. Waterman n’aurait pas été congédié, et n’eût été le congédiement, M. Waterman n’aurait pas commencé à toucher ses prestations de retraite. Comme il y a eu double indemnisation et qu’il n’y aurait eu aucun avantage n’eût été la rupture de contrat par IBM, nous devons décider si les prestations devraient ou non être déduites des dommages-intérêts autrement payables par IBM.

B. Le principe d’indemnisation offre-t-il une solution au problème?

[34] Selon le premier argument principal avancé par IBM, le principe d’indemnisation exige la déduction des prestations de retraite. Comme des dommages-intérêts lui ont été accordés, la situation de M. Waterman est plus avantageuse qu’elle ne l’aurait été si IBM lui avait donné un préavis raisonnable. IBM prétend donc que les prestations de retraite doivent être déduites, de sorte qu’après avoir reçu son indemnité M. Waterman se trouvera dans la situation financière où il se serait trouvé si IBM lui avait donné un préavis raisonnable. C’est essentiellement le point de vue de mon collègue le juge Rothstein.

[35] Bien que je convienne que l’octroi de dommages-intérêts représente une dérogation au principe d’indemnisation, ce n’est pas, en soi, une solution au problème soulevé en appel. Comme je l’expliquerai plus loin, le principe d’indemnisation ne peut pas être appliqué, et n’est pas appliqué, d’une manière stricte ou rigide sans tenir compte d’autres considérations. Il faut se demander si le principe d’indemnisation devrait être appliqué de manière stricte en l’espèce. Selon moi, il ne doit pas l’être. Avant d’expliquer pourquoi, il convient d’examiner les raisons pour lesquelles le principe d’indemnisation n’est pas appliqué de manière stricte, voire pas du tout appliqué, dans différentes situations.

(1) When Does the Compensation Principle Not Apply Strictly?

[36] Considerations other than the extent of the plaintiff's actual loss shape the way the compensation principle is applied and there are well-established exceptions to it. For example, the rule that contract damages compensate only the plaintiff's actual loss is not the only rule that applies to assessing contract damages. As a leading English case put it, "Damages are measured by the plaintiff's loss, not the defendant's gain. But the common law, pragmatic as ever, has long recognised that there are many commonplace situations where a strict application of this principle would not do justice between the parties. Then compensation for the wrong done to the plaintiff is measured by a different yardstick" : *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), at p. 278. In some cases, for example, an award of damages in contract may be based on the advantage gained by the defendant as a result of the breach rather than the loss suffered by the plaintiff: see, e.g., *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 25. The rule that damages are measured by the plaintiff's actual loss, while the general rule, does not cover all cases. In addition, through the doctrines of remoteness and mitigation, the compensation principle gives way to considerations of reasonableness in relation to whether the plaintiff's expectations of the contract and his or her conduct in response to the breach of it were reasonable.

[37] Finally, there are well-recognized exceptions in which benefits flowing to plaintiffs are not taken into account even though the result is that they are better off, economically speaking, after the breach than they would have been had there been no breach. These exceptions are ultimately based on factors other than strict compensatory considerations. As Lord Reid put it in *Parry*, "[t]he

(1) Dans quels cas le principe d'indemnisation ne s'applique-t-il pas de manière stricte?

[36] L'application du principe d'indemnisation repose sur des facteurs autres que l'importance de la perte réelle du demandeur et comporte des exceptions bien établies. Par exemple, la règle selon laquelle les dommages-intérêts en matière contractuelle n'indemnisent le demandeur que pour la perte qu'il a réellement subie n'est pas la seule règle qui s'applique à la détermination des dommages-intérêts. Comme il est expliqué dans un arrêt de principe rendu en Angleterre, [TRADUCTION] « [I]es dommages-intérêts sont fixés en fonction de la perte du demandeur plutôt que du gain du défendeur. Cependant, la common law, toujours aussi pragmatique, reconnaît depuis longtemps que, dans plusieurs situations courantes, une application stricte de ce principe n'assurerait pas la justice entre les parties. L'indemnité pour le tort causé au demandeur est alors calculée en fonction de critères différents » : *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), p. 278. Dans certains cas, par exemple, les dommages-intérêts en matière contractuelle peuvent être calculés en fonction de l'avantage que le défendeur tire de l'inexécution du contrat plutôt qu'en fonction de la perte subie par le demandeur : voir, p. ex., *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 25. La règle selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction de la perte réelle du demandeur, bien qu'il s'agisse d'une règle générale, ne s'applique pas dans toutes les situations. En outre, par application des principes de l'éloignement et de la limitation du préjudice, le principe d'indemnisation cède le pas à des critères de raisonabilité, à savoir si les attentes du demandeur quant au contrat et sa réaction suite à la rupture du contrat étaient raisonnables.

[37] Enfin, il y a des exceptions bien connues où les avantages reçus par le demandeur ne sont pas pris en considération même si ce dernier se trouve dans une situation financière meilleure après le manquement qu'elle ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu manquement. Ces exceptions sont en définitive fondées sur des facteurs autres que les considérations strictes de l'indemnisation. Comme

common law has treated [the deductibility of compensating advantages] as one depending on justice, reasonableness and public policy”: p. 13. Or, as McLachlin J. wrote, this issue raises a question of “basic policy”: *Ratych*, at p. 959.

(2) What Factors Help to Identify When Compensating Advantages Are Not Deducted?

[38] What are some of these considerations of justice, reasonableness and policy? An answer may be found by looking at the two well-established situations in which compensating advantages are not deducted: charitable gifts and private insurance.

(a) *Charitable Gifts*

[39] The first is the less controversial. The rule is that charitable gifts made to the plaintiff are generally not deductible from the plaintiff’s damages even though they were made as a result of and in response to the injury or loss caused by the defendant’s wrong: see, e.g., Waddams, at paras. 3.1550-3.1560; Cassels and Adjin-Tettey, at pp. 420-21. Two concerns explain the exception: first, that if these charitable gifts were deducted, “the springs of private charity would be found to be largely, if not entirely, dried up” and, second, that it rarely makes practical sense to spend the time and effort required to take these sorts of gifts into account: *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167 (K.B.), at p. 170. See also Ogus, at p. 223; Waddams, at para. 3.1550; Cassels and Adjin-Tettey, at pp. 420-21; *Cunningham*, at p. 370.

[40] These explanations of the exception suggest we may take into account the broader incentives created by deducting or not deducting a benefit as well as pragmatic considerations relating to whether the applicable rule is clear, coherent and easy to apply: *Cunningham*, at p. 388, *per* McLachlin J.

lord Reid l’a expliqué dans *Parry* [TRADUCTION] « [e]n common law, [la déductibilité des avantages compensatoires] dépend de la justice, de la raisonnable et de l’intérêt public » : p. 13. Ou, selon le propos de la juge McLachlin, cette question en soulève une autre de « politique générale fondamentale » : *Ratych*, p. 959.

(2) Quels facteurs aident à déterminer les circonstances dans lesquelles les avantages compensatoires ne sont pas déduits?

[38] Quelles sont ces considérations de justice, de raisonnable et d’intérêt public? On peut trouver une réponse en examinant les deux cas bien connus où les avantages compensatoires ne sont pas déduits : les dons de bienfaisance et l’assurance privée.

a) *Dons de bienfaisance*

[39] Le premier cas est le moins controversé. La règle veut que les dons de bienfaisance faits au demandeur ne soient habituellement pas déductibles des dommages-intérêts auxquels il a droit, même s’ils lui ont été faits en raison du préjudice ou de la perte attribuable à la faute du défendeur : voir, p. ex., Waddams, par. 3.1550-3.1560; Cassels et Adjin-Tettey, p. 420-421. Il y a deux raisons à cette exception : premièrement, si ces dons de bienfaisance étaient déduits, [TRADUCTION] « les sources de charité privée seraient largement, voire entièrement, tariées » et, deuxièmement, il est rarement sensé, sur le plan pratique, de consacrer le temps et les efforts nécessaires pour tenir compte des dons de cette sorte : *Redpath c. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167 (K.B.), p. 170. Voir également Ogus, p. 223; Waddams, par. 3.1550; Cassels et Adjin-Tettey, p. 420-421; *Cunningham*, p. 370.

[40] Les raisons de cette exception laissent croire que nous pouvons tenir compte des facteurs d’incitation plus généraux qu’offrent la déduction ou la non-déduction d’un avantage ainsi que des considérations pragmatiques touchant la question de savoir si la règle applicable est claire, cohérente et d’application facile : *Cunningham*, p. 388, la juge McLachlin.

(b) *Private Insurance*

[41] A second and more controversial exception relates to payments from the plaintiff's private insurance. The core of the exception is well established: benefits received by a plaintiff through private insurance are not deductible from damage awards. However, both the precise scope and the rationale of the exception have been the subject of judicial and scholarly debate. Its practical importance is limited given the widespread use of subrogation, which avoids the compensating advantage issue altogether. While the exception more typically arises in tort cases, it has also been applied in contract actions, including actions for wrongful dismissal: *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812. The approach in both areas of law is the same in principle, although the terms of the contract and the dealings between the parties will inform the analysis in contract cases.

[42] One area of controversy relates to the sorts of benefits which fall within the private insurance exception. Does it apply to both indemnity and non-indemnity insurance? Does it extend to disability benefits, employment insurance or pensions payable on retirement? The Court has held that the answer to all of these questions is yes, but not, as we shall see, without well-reasoned dissent. In short, the so-called private insurance exception has been applied by analogy to a variety of payments that do not originate in a contract of insurance.

[43] In *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, the Court applied the insurance exception to prevent deduction of the present value of Canada Pension Plan benefits available to surviving dependents from the damages awarded in a fatal injuries claim. Spence J., for the Court, held that the payments were "so much of the same nature as contracts of insurance that they also should be excluded from consideration when

b) *L'assurance privée*

[41] Il existe une deuxième exception plus controversée qui se rapporte aux prestations reçues aux termes de la police d'assurance privée du demandeur. L'essence même de l'exception est bien établie : les prestations que reçoit un demandeur en application d'un régime d'assurance privée ne sont pas déductibles des dommages-intérêts. Cependant, la portée précise et le fondement de l'exception ont fait couler beaucoup d'encre dans la jurisprudence et dans la doctrine. Son importance pratique est limitée compte tenu du fait qu'on a généralement recouru à la subrogation, ce qui a pour effet d'éviter la question de l'avantage compensatoire. Bien que l'exception s'applique habituellement en matière de responsabilité délictuelle, elle a également été appliquée en matière contractuelle, y compris dans le cadre d'actions pour congédiement injustifié : *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812. Dans ces deux domaines du droit, le raisonnement est le même en principe, bien que les modalités du contrat et les rapports entre les parties guideront l'analyse en matière contractuelle.

[42] Un point controversé a trait aux types de prestations que vise l'exception relative à l'assurance privée. L'exception s'applique-t-elle aux assurances à caractère indemnitaire et à caractère non indemnitaire? S'applique-t-elle aux prestations d'invalidité, aux prestations d'assurance-emploi ou aux prestations de retraite? La Cour a répondu par l'affirmative à toutes ces questions, mais non, comme nous le verrons, sans une dissidence bien motivée. Bref, l'exception dite relative à l'assurance privée a été appliquée par analogie à diverses prestations qui ne découlent pas d'un contrat d'assurance.

[43] Dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, la Cour a appliqué l'exception de l'assurance de façon à ce que la valeur actuelle des prestations payables aux personnes à charge survivantes en vertu du Régime de pensions du Canada ne soit pas déduite des dommages-intérêts accordés dans le cadre d'une action pour blessures mortelles. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Spence a conclu que les prestations

assessing damages under the provisions of that statute”: p. 670; see also *Grand Trunk Railway v. Beckett* (1887), 16 S.C.R. 713, at p. 714, and *Quebec Workmen’s Compensation Commission v. Lachance*, [1973] S.C.R. 428, at pp. 433-34.

[44] In *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, Mr. Guy’s injury led to his retirement and receipt of pension benefits. They were not deducted from damages for loss of earnings. Ritchie J., for the Court, viewed pensions, whether contributory or non-contributory, as flowing from the employee’s work and part of what the employer was prepared to pay for the employee’s services. He agreed with Lord Reid’s conclusion, in *Parry*, as quoted by Spence J., in *Gill*, that “[t]he fact that they flow from past work equates them to rights which flow from an insurance privately effected by [the employee]”: *Guy*, at p. 763. Similarly, in *Jack Cewe*, the Court did not deduct a dismissed employee’s un-employment insurance benefits from his wrongful dismissal damages. The benefits, wrote Pigeon J., for the Court, were a consequence of the contract of employment making them similar to contributory pension benefits: p. 818. (The collateral benefit issue that arose in *Jack Cewe* is now addressed by s. 45 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, which states that a claimant who receives benefits and is subsequently awarded damages for the same period, “shall pay to the Receiver General as repayment of an overpayment of benefits an amount equal to the benefits that would not have been paid if the earnings had been paid or payable at the time the benefits were paid”.)

[45] In *Ratyck*, the Court found that sick leave benefits should be deducted from damages otherwise payable for loss of earning by the party whose

« présentent un caractère tellement semblable aux contrats d’assurance ordinaires qu’elles doivent également ne pas entrer en ligne de compte dans l’évaluation des dommages effectuée en vertu des dispositions du *Families’ Compensation Act* » : p. 670; voir aussi *Grand Trunk Railway c. Beckett* (1887), 16 R.C.S. 713, p. 714, et *Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428, p. 433-434.

[44] Dans *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, M. Guy a pris sa retraite et a commencé à toucher ses prestations de retraite après avoir subi une blessure. Les prestations n’ont pas été déduites des dommages-intérêts pour perte de gains. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, a considéré que les pensions, qu’elles soient contributives ou non, provenaient du travail de l’employé et faisaient partie de ce que l’employeur était disposé à payer pour ses services. Il a accepté la conclusion tirée par lord Reid dans *Parry*, et citée par le juge Spence dans *Gill*, selon laquelle « [I]e fait qu’elles proviennent d’un travail passé les assimile à des droits qui dérivent d’une assurance privée contractée par l’employé » : *Guy*, p. 763. De même, dans *Jack Cewe*, la Cour n’a pas déduit les prestations d’assurance-emploi touchées par l’employé des dommages-intérêts qui lui avaient été accordés pour congédiement injustifié. Le juge Pigeon a écrit au nom de la Cour que les prestations étaient une conséquence du contrat de louage de service et que la situation était la même que pour les prestations de pension contributive : p. 818. (La question de la prestation parallèle soulevée dans cet arrêt est maintenant traitée à l’art. 45 de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, lequel prévoit qu’un prestataire qui reçoit des prestations et qui se voit par la suite accorder des dommages-intérêts au titre de la même période « est tenu de rembourser au receveur général à titre de remboursement d’un versement excédentaire de prestations les prestations qui n’auraient pas été payées si, au moment où elles l’ont été, la rémunération avait été ou devait être versée ».)

[45] Dans *Ratyck*, la Cour a conclu que l’indemnité de congé de maladie devrait être déduite des dommages-intérêts payables au titre de la perte de

negligence was responsible for the injuries. For the majority, McLachlin J. wrote that it may well be appropriate not to deduct benefits where the employee can show a contribution equivalent to payment of an insurance premium. In other words, benefits may not be deductible when they come about because the plaintiff has prudently obtained and paid for insurance. However, that was not the case in *Ratysh*, making it a different situation than one in which the benefits flow from the employer/employee relationship: pp. 973-74. In *Cunningham*, disability insurance benefits payable under the terms of collective agreements were held not to be deductible because there was evidence that the plaintiffs had paid for these disability plans through reduced wages. The Court's earlier decision in *Ratysh* was distinguished on this basis.

[46] Finally, in *Sylvester*, non-contributory disability benefits received during the notice period were deducted from wrongful dismissal damages otherwise payable. The benefits were intended to be an indemnity for lost wages while the plaintiff was unable to work, the plaintiff had not contributed to acquire the benefit, and policy considerations favoured deduction.

[47] The two cases in which the private insurance exception was *not* applied (*Ratysh* and *Sylvester*) involved benefits that were intended to be an indemnity for the type of loss that resulted from the defendant's breach and to which the plaintiff had not contributed. Retirement pension benefits, which are not an indemnity for loss of wages resulting from inability to work and to which the employee contributes directly or indirectly, have been held by this Court and others to fall within the private insurance exception: *Guy*; *Gill*; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), aff'd (1993), 2 C.C.P.B. 99 (Ont. Ct. J. (Div. Ct.)); *Emery v. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302 (Gen. Div.); *Parry*.

revenus par la partie dont la négligence a entraîné des blessures. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge McLachlin a écrit qu'il peut être approprié de ne pas déduire les prestations lorsque l'employé peut établir qu'il a payé des cotisations équivalant aux primes d'une police d'assurance. Autrement dit, il est possible que les prestations ne soient pas déductibles parce que le demandeur a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle. Cependant, ce n'était pas le cas dans *Ratysh*, qui présente une situation différente de celle où les prestations découlent de la relation employeur-employé : p. 973-974. Dans *Cunningham*, les prestations d'invalidité payables aux termes des conventions collectives ont été jugées non déductibles parce qu'il avait été démontré que les demandeurs avaient contribué au régime en acceptant une diminution de salaire. La Cour a établi à cet égard une distinction d'avec l'arrêt antérieur *Ratysh*.

[46] Enfin, dans *Sylvester*, les prestations d'invalidité non contributives reçues pendant la période de préavis ont été déduites des dommages-intérêts par ailleurs payables pour congédiement injustifié. Les prestations étaient versées à titre d'indemnité pour perte de salaire pendant que le demandeur était incapable de travailler, le demandeur n'avait pas cotisé au régime et des considérations de principe favorisaient la déduction.

[47] Dans les deux cas où l'exception relative à l'assurance privée *n'a pas* été appliquée (*Ratysh* et *Sylvester*), il était question de prestations auxquelles le demandeur n'avait pas contribué et qui devaient servir à indemniser ce dernier pour la perte causée par le manquement du défendeur. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont jugé que les prestations de retraite, qui ne constituent pas une indemnité pour perte de salaire découlant d'une incapacité à travailler et auxquelles l'employé contribue directement ou indirectement, étaient visées par l'exception relative à l'assurance privée : *Guy*; *Gill*; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (C.J. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1993), 2 C.C.P.B. 99 (C.J. Ont. (C. div.)); *Emery c. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302 (Div. gén.); *Parry*.

[48] IBM relies on *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 86, 301 N.R. 321, but, in my view, this reliance is misplaced. The human rights complainant in that case, Master Corporal (retired) Carter, complained that his release from the Canadian Forces by virtue of his age constituted discrimination; in other words, his claim was not that his employer had failed to give him reasonable notice of termination, but that it could not lawfully terminate him. Following his release from service, a proper legislative basis for compulsory retirement was put in place, thus ending the discrimination. The question was whether the compensation awarded by the Human Rights Tribunal for lost wages during the period of discrimination should be reduced by the amount of pension benefits received during that period. The Federal Court of Appeal held that they should. However, it specifically declined to decide the case on the basis of the private insurance exception: para. 20. Instead, it reasoned that Master Corporal Carter should be treated as a member of the regular force during the period of discrimination. But, by virtue of the applicable provisions of the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17, a person may *either* be a member of the regular armed forces contributing to the superannuation account *or* a person who has ceased to be a member and entitled to benefits, but not both at the same time. On that basis, his claim for both pension benefits and his full salary was inconsistent with the nature of his claim and the governing legislation. This reasoning cannot apply to this case, however. The private insurance exception applies to wrongful dismissal actions: *Jack Cewe*. In addition, the contractual provisions here, unlike the statute that governed Master Corporal Carter's case, do not have any general bar against receiving full pension entitlement and employment income.

[48] IBM se fonde sur l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 86 (CanLII), mais elle le fait à tort, selon moi. Le caporal-chef Carter, le plaignant dans cette affaire de droits de la personne, affirmait que sa mise à la retraite par les Forces canadiennes, constituait de la discrimination en raison de l'âge; en d'autres mots, il ne prétendait pas que son employeur ne lui avait pas donné un préavis raisonnable, mais que l'employeur ne pouvait pas légalement le mettre à la retraite. Après cette mise à la retraite, des mesures législatives valides relatives à la retraite obligatoire ont été mises en place, ce qui a mis fin à la discrimination. La question était de savoir si l'indemnité accordée par le Tribunal des droits de la personne pour perte de salaire pendant la période au cours de laquelle le plaignant avait été victime de discrimination devait être réduite du montant des prestations de retraite versées au cours de cette période. La Cour d'appel fédérale a conclu que les prestations de retraite devaient être déduites. Cependant, elle a expressément refusé de trancher l'affaire sur le fondement de l'exception relative à l'assurance privée : par. 20. La cour a plutôt estimé que le caporal-chef Carter devait être traité comme un membre de la force régulière pendant la période au cours de laquelle il a été victime de discrimination. Toutefois, en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, une personne est *soit* un membre de la force régulière qui contribue au compte de pension de retraite, *soit* un ancien membre qui a droit à des prestations, mais non les deux à la fois. Pour cette raison, M. Carter ne pouvait réclamer à la fois des prestations de retraite et son plein salaire, cela étant incompatible avec la nature de sa demande et les dispositions législatives applicables. Ce raisonnement ne peut toutefois pas s'appliquer en l'espèce. L'exception relative à l'assurance privée s'applique aux actions pour congédiement injustifié : *Jack Cewe*. De plus, les dispositions contractuelles en l'espèce, contrairement à la loi régissant le cas du caporal-chef Carter, n'interdisent pas qu'une personne touche la pension maximale et le revenu d'emploi.

[49] A second area of controversy concerns the basis of the private insurance exception. It has been explained on various grounds, which may be grouped under three main headings. One is concerned with the strength of the causal connection between receipt of the benefit and the defendant's breach, a second relates to the nature of the benefit, and a third concerns a variety of policy considerations that may be served by either deducting or not deducting the benefit.

[50] Before turning to those issues, however, I must address a contention advanced by my colleague Rothstein J. He maintains that application of the collateral benefit or private insurance exception is not appropriate where the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit arise from the same contract. I respectfully do not accept that there is or should be any such categorical "single contract" rule in relation to compensating advantages. This proposition is not consistent with this Court's jurisprudence.

[51] In *Jack Cewe*, unemployment insurance benefits were not deducted from wrongful dismissal damages. The Court held that the benefits were the "consequence of the contract of employment", making them similar to contributory pension benefits: p. 818. Thus, although the Court considered that the benefits and the claim for damages arose as a consequence of the same contract, the benefits were *not* deducted from the wrongful dismissal damages. Thus, my colleague's proposition is contradicted by a leading authority from this Court on the deduction of benefits from wrongful dismissal damages.

[52] The *Sylvester* case, from this Court, does not lay down any such broad "single contract" rule. If that had been the Court's view, it would have provided a much simpler solution to the issue in *Sylvester* than the one it unanimously adopted. Of course, in *Sylvester*, the sick leave benefits and the claim for wrongful dismissal damages both arose

[49] Le deuxième point controversé concerne le fondement de l'exception relative à l'assurance privée. Pour expliquer cette exception, diverses raisons ont été avancées et peuvent être regroupées sous trois rubriques principales. La première a trait à l'importance du lien de causalité entre l'obtention de la prestation et le manquement du défendeur. La deuxième se rapporte à la nature de la prestation et la troisième touche aux différents objectifs de politique générale pouvant être atteints selon que la prestation est ou n'est pas déduite.

[50] Cependant, avant d'aborder ces questions, je dois traiter d'une prétention de mon collègue le juge Rothstein. À son avis, il ne convient pas d'appliquer l'exception relative à la prestation parallèle ou à l'assurance privée lorsque la cause d'action du demandeur et son droit à une prestation donnée découlent du même contrat. Soit dit en toute déférence, je n'accepte pas l'idée qu'il existe ou qu'il devrait exister une règle aussi catégorique du « contrat unique » applicable aux avantages compensatoires. Cette thèse n'est pas conforme à la jurisprudence de notre Cour.

[51] Dans *Jack Cewe*, les prestations d'assurance-emploi n'ont pas été déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. La Cour a conclu que les prestations étaient « une conséquence du contrat de louage de service », les assimilant aux prestations de pension contributive : p. 818. Ainsi, même si la Cour estimait que les prestations et la réclamation de dommages-intérêts découlaient du même contrat, les prestations *n'ont pas* été déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. La thèse de mon collègue est donc contredite par un arrêt de principe de notre Cour relatif à la déduction des prestations des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié.

[52] Notre Cour n'établit aucune règle du « contrat unique » aussi générale dans son arrêt *Sylvester*. Si elle avait vu les choses de cette façon, la Cour aurait trouvé une solution beaucoup plus simple à la question en litige dans l'arrêt *Sylvester* que celle qu'elle a unanimement adoptée. Certes, dans *Sylvester*, les prestations pour congé de maladie

from the contract of employment, but the Court did not rely on, or even mention, the broad “single contract” rule advanced by my colleague. On the contrary, Major J., writing for the Court, was careful *not* to articulate any broad “single contract” rule in relation to compensating advantages. He stated that

[t]here may be cases where an employee will seek benefits in addition to damages for wrongful dismissal on the basis that the disability benefits are akin to benefits from a private insurance plan for which the employee has provided consideration. This is not the case here. . . . The issue whether disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan was not before the Court. [Emphasis added; para. 22.]

Of course, whether the employee contributes to the benefits or not, they equally arise under the employment contract. The fact that the Court explicitly left this point open is inconsistent with the Court intending to adopt the broad “single contract” rule espoused by Rothstein J. *Sylvester* teaches that, where a cause of action and a benefit arise under the contract of employment, we must look first to that contract to determine the issue of whether an employment benefit should be deducted from wrongful dismissal damages. As in *Sylvester*, Mr. Waterman’s contract of employment is silent on this issue, so we must attempt to discern the parties’ intentions in light of the express terms of the contract of employment.

[53] I return to the three areas of controversy in relation to the basis of the private insurance exception.

- (i) Strength of Connection to the Defendant’s Breach

[54] The strength-of-connection factor has often been referred to in the cases. The argument is that private insurance benefits (and benefits considered analogous to them) should not be deducted because they result from the plaintiff’s contract of

et la réclamation de dommages-intérêts pour congédiement injustifié découlaient toutes deux du contrat de travail, mais la Cour n’a pas invoqué, ni même mentionné, la règle générale du « contrat unique » posée par mon collègue. Au contraire, le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a pris soin de ne formuler *aucune* règle générale du « contrat unique » applicable aux avantages compensatoires. Il a affirmé ce qui suit :

Il est possible qu’il se présente des cas où l’employé demandera des prestations en sus des dommages-intérêts pour congédiement injustifié, pour le motif que les prestations d’invalidité s’apparentent aux prestations d’un régime privé d’assurance auquel il a cotisé. Ce n’est pas le cas en l’espèce. [. . .] Notre Cour n’était pas saisie de la question de savoir si les prestations d’invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l’employé a cotisé au régime de prestations d’invalidité. [Je souligne; par. 22.]

Bien sûr, les prestations découlent du contrat de travail, que l’employé cotise ou non au régime d’assurance. Le fait que la Cour ait explicitement laissé cette question en suspens est incompatible avec l’idée qu’elle ait voulu adopter la règle générale du « contrat unique » proposée par le juge Rothstein. L’arrêt *Sylvester* nous enseigne que, lorsqu’une cause d’action et une prestation découlent du contrat de travail, il nous faut d’abord examiner ce contrat pour déterminer si une prestation d’emploi doit être déduite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Tout comme dans l’affaire *Sylvester*, le contrat de travail de M. Waterman ne précise rien sur ce point, et il nous faut donc tenter de dégager l’intention des parties à partir des termes exprès de ce contrat.

[53] Je reviens aux trois points controversés relativement au fondement de l’exception relative à l’assurance privée.

- (i) L’importance du lien de causalité avec le manquement du défendeur

[54] La jurisprudence a souvent fait état de l’importance du lien de causalité. On prétend que les prestations d’assurance privée (et les prestations jugées analogues) ne devraient pas être déduites parce qu’elles découlent du contrat d’assurance du

insurance, not from the defendant's wrongful act. This was part of the reasoning in *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1, but at the distance of 140 years, this analysis seems artificial. Moreover, scholars have pointed out that decisions about legal as opposed to factual causation often simply disguise the true policy reasons underlying the decisions: see, e.g., Ogus, at p. 94; Burrows, at p. 162. In the leading English case on the private insurance exception, *Parry*, Lord Pearce commented that strict principles of causation do not provide a "satisfactory line of demarcation" between benefits that are and are not deductible: p. 34. While, as discussed, considering the connection between the breach and the benefit helps to identify that there is an issue about whether the benefit should be deducted, principles of causation do not provide reliable markers of whether a benefit should be deducted or not.

(ii) The Nature and Purpose of the Benefit

[55] The nature and purpose of the benefit, on the other hand, is often a better explanation of why private insurance benefits should or should not be deducted. Two factors relating to the nature of the benefit have been particularly important: whether the benefit is an indemnity for the loss caused by the defendant's breach and whether the plaintiff has directly or indirectly paid for the benefit.

[56] I will not attempt to lay down general principles that will cover all possible types of benefits. However, as we shall see, a review of this Court's jurisprudence supports the following general propositions (subject, of course, to statutory or contractual provisions to the contrary).

- Benefits have *not* been deducted if (a) they *are not* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach *and* (b) the plaintiff has contributed to the entitlement to the benefit: *Gill; Guy*.

demandeur, non de l'acte fautif du défendeur. C'est là en partie le raisonnement suivi dans *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1, mais 140 ans plus tard, cette analyse semble artificielle. De plus, des auteurs ont souligné que les décisions portant sur la causalité juridique plutôt que factuelle cachent souvent les vraies raisons de principe sous-jacentes aux décisions : voir, p. ex., Ogus, p. 94; Burrows, p. 162. Dans *Parry*, l'arrêt de principe anglais qui portait sur l'exception relative à l'assurance privée, lord Pearce a fait remarquer que les principes stricts de la causalité ne permettent pas d'établir une [TRADUCTION] « ligne de démarcation satisfaisante » entre les prestations qui sont déductibles et celles qui ne le sont pas : p. 34. Comme nous l'avons vu, si l'examen du lien entre le manquement et la prestation contribue à déterminer que la question de la déductibilité de la prestation pose problème, les principes de la causalité n'offrent aucun indicateur fiable permettant de décider si une prestation devrait ou non être déduite.

(ii) La nature et l'objet de la prestation

[55] Par contre, la nature et l'objet de la prestation expliquent souvent mieux les raisons pour lesquelles des prestations d'assurance privée devraient ou non être déduites. Deux facteurs relatifs à la nature de la prestation se sont avérés particulièrement importants : la question de savoir si la prestation constitue une indemnité pour la perte causée par le manquement du défendeur, et la question de savoir si le demandeur a directement ou indirectement payé pour obtenir la prestation.

[56] Je n'essaierai pas d'énoncer des principes généraux applicables à tous les types de prestations possibles. Cependant, comme nous le verrons plus loin, un examen de la jurisprudence de la Cour étaye les propositions générales suivantes (sous réserve, bien sûr, de dispositions législatives ou contractuelles à l'effet contraire) :

- Les prestations n'ont *pas* été déduites si a) elles *n'étaient pas* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement *et* b) le demandeur a payé pour avoir droit aux prestations : *Gill; Guy*.

- Benefits have *not* been deducted where the plaintiff has contributed to an indemnity benefit: *Jack Cewe; Cunningham*.
- Benefits *have* been deducted when they *are* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach but the plaintiff has not contributed in order to obtain entitlement to the benefit: *Sylvester; Ratych*.
- Les prestations *n’ont pas* été déduites dans les cas où le demandeur a contribué à une prestation indemnitaire : *Jack Cewe; Cunningham*.
- Les prestations *ont* été déduites dans les cas où elles *étaient* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement, mais le demandeur n’a pas payé pour avoir droit aux prestations : *Sylvester; Ratych*.

[57] The pension benefit in this case was not intended to be an indemnity for lost wages and Mr. Waterman contributed to the acquisition of his pension through his years of service. This, no doubt, is why it has never been argued that the benefits should be deducted under the principle of mitigation. The pension benefit, therefore, is the type of benefit which should not be deducted. The reasoning leading me to this conclusion follows.

[58] I begin my review with the decision of the House of Lords in *Parry*, which is the foundation of much of the Canadian jurisprudence. Lord Reid ultimately based his conclusion that the benefit (a pension) should not be deducted based on its “intrinsic nature”: “A pension is intrinsically of a different kind from wages. . . . [W]ages are a reward for contemporaneous work, but . . . a pension is the fruit, through insurance, of all the money which was set aside in the past in respect of his past work. They are different in kind”: p. 16. Lord Pearce also considered the nature and purpose of the benefit when he asked: “Is there anything else in the nature of these pension rights derived from work which puts them into a different class from pension rights derived from private insurance? Their ‘character’ is the same”: p. 37. Lord Wilberforce also focused on the nature of the pension benefit, noting that it did not prevent the injured officer from taking other paid employment, whether it be for a wage that was less, equal to or more than his police officer’s salary: p. 42.

[57] Les prestations de retraite en l’espèce n’étaient pas destinées à dédommager M. Waterman d’une perte de salaire et ce dernier a contribué à l’acquisition de sa pension pendant ses années de service. C’est certainement la raison pour laquelle il n’a jamais été allégué que les prestations devraient être déduites suivant le principe de la limitation du préjudice. La prestation de pension est donc du genre de celles qui ne devraient pas être déduites. Voici le raisonnement qui m’amène à cette conclusion.

[58] J’examine d’abord la décision rendue par la Chambre des lords dans *Parry*, qui constitue l’assise d’une grande partie de la jurisprudence canadienne. Lord Reid a en définitive basé sa conclusion selon laquelle la prestation (une pension) ne devrait pas être déduite sur le fait de sa [TRADUCTION] « nature intrinsèque » : « De par sa nature, une pension est différente d’un salaire. [. . .] Le salaire est la rétribution immédiate d’un travail [. . .] tandis qu’une pension représente le fruit, produit par l’assurance, de la totalité des fonds mis de côté dans le passé relativement à son travail. Leur nature est différente » : p. 16. Lord Pearce a aussi tenu compte de la nature et de l’objet de la prestation lorsqu’il s’est posé la question suivante : « Existe-t-il, dans la nature de ces droits à pension découlant d’un travail, un autre élément qui les place dans une catégorie différente des droits à pension découlant d’une assurance privée? Leur “caractère” est le même » : p. 37. Lord Wilberforce a aussi insisté sur la nature de la prestation de retraite, soulignant qu’elle n’empêchait pas l’agent blessé d’accepter un autre travail rémunéré, que le salaire soit inférieur, égal ou supérieur à son salaire d’agent de police : p. 42.

[59] The nature and purpose of the benefit was central to the minority's reasoning in *Cunningham*. While the majority was concerned with authority, fairness and deterrence, the minority refocused the analysis on the nature of the benefit, distinguishing between "indemnity" and "non-indemnity" insurance. The former should be deductible, while the latter should not:

This distinction is critical to a discussion of collateral benefits. If the insurance money is not paid to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency, then the plaintiff has not been compensated for any loss. He may claim his entire loss from the negligent defendant without violating the rule against double recovery. [pp. 371-72]

[60] Importantly, the minority judges accepted that the dominant tide of the jurisprudence in the common law world is that non-indemnity pension benefits should not be deducted: *Cunningham*, at p. 376. Although they mostly do not rely on the private insurance exception, Commonwealth decisions conclude that pension benefits should not be deducted from a damages award because pension benefits are not meant to compensate the plaintiff for the injury or breach of contract or to act as wage replacement. See for example: *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Parry*; *Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502 (H.L.). In *Hopkins v. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565 (Q.B.), the High Court applied this reasoning to the deductibility of pension benefits in a wrongful dismissal suit. The reasoning is also consistent with the decision of the U.K. Employment Appeal Tribunal in *Knaption v. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084. The non-deductibility of pension benefits was affirmed by the New Zealand Court of Appeal in *Gilbert v. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72. This is consistent with the approach in *Guy*, discussed earlier, which concerned pension benefits that were clearly not intended to be an indemnity for loss of earnings

[59] Dans *Cunningham*, les juges minoritaires ont axé leur raisonnement sur la nature et l'objet de la prestation. Les juges majoritaires s'intéressaient aux précédents, à l'équité et à la dissuasion, mais les juges minoritaires ont réorienté l'analyse sur la nature de la prestation, en établissant une distinction entre l'assurance à caractère « indemnitaire » et l'assurance à caractère « non indemnitaire ». La première devrait être déduite alors que la seconde ne devrait pas l'être :

Cette distinction est cruciale pour toute analyse des prestations parallèles. Si le montant de l'assurance n'est pas versé pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire mais qu'il est simplement payé dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire, le demandeur n'a pas été indemnisé d'une perte. Il peut donc réclamer la totalité de sa perte au défendeur négligent sans violer la règle interdisant la double indemnisation. [p. 371-372]

[60] Fait important, les juges minoritaires ont reconnu que, suivant la tendance dominante de la jurisprudence des pays de common law, les prestations de retraite non indemnitaires ne devraient pas être déduites : *Cunningham*, p. 376. Même si la plupart des décisions du Commonwealth ne sont pas fondées sur l'exception relative à l'assurance privée, on y conclut que les prestations de retraite ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts parce qu'elles ne sont pas destinées à dédommager le demandeur d'un préjudice ou d'une rupture de contrat, pas plus qu'elles ne visent à remplacer le revenu. Voir par exemple : *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Parry*; *Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502 (H.L.). Dans *Hopkins c. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565 (B.R.), la Haute Cour a appliqué ce raisonnement à la déductibilité des prestations de retraite dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié. Ce précédent a été suivi par le Tribunal d'appel du travail du R.-U. dans *Knaption c. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084. La non-déductibilité des prestations de retraite a été confirmée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *Gilbert c. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

due to an inability to work. They were held not to be deductible from damages for loss of earnings payable by those responsible for the plaintiff's inability to work.

[61] The nature of the benefit was also an important factor in the Court's decision to deduct employer-funded disability payments from wrongful dismissal damages in *Sylvester*. The Court's analysis looked first to the nature and purpose of the benefit and, in particular, to the question of whether the benefit is in the nature of an indemnity for the sort of loss caused by the defendant's breach of contract. The fact that the benefit was intended to be an indemnity for wage loss was one of the reasons for the Court's conclusion that the benefit should be deducted.

[62] Reliance on the distinction between indemnity and non-indemnity benefits is sound in principle. As McLachlin J. pointed out in her dissenting reasons in *Cunningham*, if the benefit "is not paid to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency", the benefit cannot be seen as having compensated the plaintiff for that pecuniary loss: pp. 371-72. If that is the case, the arguments in favour of deducting the benefit are weaker in the sense that IBM is asking to deduct apples from oranges.

[63] The fact that Mr. Waterman's pension comes from a defined benefit plan does not change its nature as a non-indemnity benefit.

Cette démarche est conforme à celle suivie dans l'arrêt *Guy*, dont il est question précédemment, lequel traitait de prestations de retraite qui n'étaient manifestement pas destinées à dédommager d'une perte de gains attribuable à une incapacité à travailler. Selon cet arrêt, les prestations n'étaient pas déductibles des dommages-intérêts au titre de la perte de gains que devaient payer les personnes responsables de l'incapacité à travailler du demandeur.

[61] Dans *Sylvester*, la nature de la prestation a également été un facteur important dans la décision de la Cour de déduire des dommages-intérêts payables pour congédiement injustifié les prestations d'invalidité financées par l'employeur. Dans son analyse, la Cour a d'abord examiné la nature et l'objet de la prestation et, plus particulièrement, la question de savoir si la prestation constituait une indemnité pour le type de perte causée par la rupture du contrat par le défendeur. Le fait que la prestation était destinée à dédommager d'une perte de revenus figure parmi les raisons qui ont amené la Cour à conclure que la prestation devrait être déduite.

[62] Il est justifié sur le plan des principes de se fonder sur la distinction entre les prestations indemnitaires et non indemnitaires. Comme l'a signalé la juge McLachlin dans les motifs dissidents qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Cunningham*, si la prestation « n'est pas versé[e] pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire, mais qu'[elle] est simplement payé[e] dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire », on ne peut considérer qu'elle a dédommagé le demandeur de cette perte pécuniaire : p. 372. Si c'est le cas, les arguments invoqués en faveur de la déductibilité de la prestation sont plus faibles en ce sens que IBM demande que des pommes soient déduites des oranges.

[63] Le fait que la pension de M. Waterman provient d'un régime à prestations déterminées n'en change pas la nature, soit qu'il s'agit d'une prestation non indemnitaire.

[64] The Court in *Sylvester* also considered another factor — that the plaintiff had not contributed to obtain the benefit by paying for it directly or indirectly — in support of its conclusion that the benefit should be deducted from the damages. This factor has often been mentioned and relied on in the cases.

[65] For example, the Court first applied *Parry* in the 1973 case of *Gill*, and reaffirmed it in *Guy*. In both cases, the Court emphasized that the plaintiff had directly or indirectly paid for the benefit in question. As Ritchie J., writing for the Court, put it in *Guy*:

. . . this contributory pension is derived from the appellant’s contract with his employer and . . . the payments made pursuant to it are akin to payments under an insurance policy. This view is in accord with the judgment of the House of Lords in *Parry v. Cleaver*, which was expressly approved in this Court in the reasons for judgment of Mr. Justice Spence in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill* . . . [p. 762]

[66] This line of reasoning was repeated in *Jack Cewe*, which held that contributory unemployment insurance benefits were not deductible from wrongful dismissal damages. This factor was also an important one in *Cunningham*. As Cory J. put it, on behalf of the majority: “The application of the insurance exception to benefits received under a contract of employment should not be limited to cases where the plaintiff is a member of a union and bargains collectively. Benefits received under the employment contracts of non-unionized employees will also be non-deductible if proof is provided of payment in some manner by the employee for the benefits”: p. 408 (emphasis added). The majority found that there was evidence of such payment and held that the benefit should not be deducted.

[67] While the cases from this Court have referred to whether the plaintiff has directly or indirectly contributed to the benefit, there are strong arguments against giving this consideration much weight as an explanation of why particular benefits

[64] Dans *Sylvester*, la Cour a aussi tenu compte d’un autre facteur — soit que le demandeur n’avait pas cotisé en vue d’obtenir la prestation en la payant directement ou indirectement — pour étayer sa conclusion selon laquelle la prestation devait être déduite des dommages-intérêts. Ce facteur a souvent été évoqué et retenu dans la jurisprudence.

[65] Par exemple, la Cour a d’abord appliqué le raisonnement adopté dans *Parry* dans l’arrêt *Gill* rendu à 1973 et l’a confirmé dans *Guy*. Dans ces deux arrêts, la Cour a souligné le fait que le demandeur avait payé directement ou indirectement afin d’obtenir la prestation en question. Comme l’a dit au nom de la Cour le juge Ritchie dans *Guy* :

. . . cette pension contributive provient du contrat de l’appelant avec son employeur et [. . .] les paiements faits en vertu de celle-ci sont de même nature que les paiements faits aux termes d’une police d’assurance. Cette opinion concorde avec le jugement de la Chambre des lords dans *Parry v. Cleaver*, que cette Cour a expressément approuvé dans les motifs de jugement du juge Spence dans l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Gill* . . . [p. 762]

[66] Ce raisonnement a été repris dans l’arrêt *Jack Cewe*, où la Cour a conclu que les prestations d’assurance-emploi contributives n’étaient pas déductibles des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Ce facteur a aussi joué un rôle important dans *Cunningham*. Comme l’a indiqué le juge Cory au nom des juges majoritaires : « L’exception visant les assurances ne devrait pas s’appliquer aux avantages conférés en vertu d’un contrat de travail seulement lorsque le demandeur est syndiqué et négocie collectivement. Les prestations reçues par un employé non syndiqué en vertu de son contrat de travail seront également non déductibles s’il est démontré que l’employé a d’une certaine manière payé les avantages conférés » : p. 408 (je souligne). Les juges majoritaires ont conclu que cette contribution avait été établie et que la prestation ne devait pas être déduite.

[67] Bien que les arrêts de notre Cour posent la question de savoir si le demandeur a directement ou indirectement contribué à la prestation, des arguments solides militent contre l’idée d’accorder beaucoup d’importance à ce facteur pour justifier

should or should not be deducted. As McLachlin J. pointed out in her partial dissent in *Cunningham*, reliance on this factor may be seen as inconsistent with legal principle and logic. With respect to legal principle, the defendant takes the plaintiff as he or she is and the plaintiff is compensated for his or her actual loss and no more. As a matter of logic, it does not seem right to say that deducting the benefits deprives the plaintiff of the contributions made to gain entitlement to those benefits — whether deducted from damages or not, the plaintiff receives the benefits: *Cunningham*, at pp. 381-83; for a critique of reliance on this factor, see also Ogus, at pp. 226-27.

[68] The pension benefits in issue in this case are not an indemnity for loss of wages and, as we shall see, pension benefits earned through years of service are invariably found to be contributory. The fact that the pension plan here is a defined benefit plan does not detract from that conclusion. As a result, the problem highlighted in the difference between the majority and the dissent in *Cunningham*, i.e. how to treat indemnity benefits to which the plaintiff contributed, does not arise in this case.

[69] I conclude from this review that whether the benefit is in the nature of an indemnity for the loss caused by the defendant's breach and whether the plaintiff has directly or indirectly paid for the benefit have been important explanations of why particular benefits fall, or do not fall, within the private insurance exception. The Court has been sharply and closely divided on the issue of the deduction for an indemnity benefit to which the plaintiff has contributed. However, there is no decision of the Court of which I am aware that has required deduction of a non-indemnity benefit to which the plaintiff has contributed, like the pension benefits in this case.

la déductibilité ou la non-déductibilité de certaines prestations. Comme l'a signalé la juge McLachlin dans ses motifs dissidents de l'arrêt *Cunningham*, le fait de s'appuyer sur ce facteur peut sembler incompatible avec les principes juridiques et la logique. En ce qui concerne les principes juridiques, le défendeur prend le demandeur dans la situation dans laquelle ce dernier se trouve et le demandeur est dédommagé de la perte qu'il a réellement subie, sans plus. En toute logique, il semble incorrect de dire que la déduction des prestations prive le demandeur des contributions qu'il a versées pour être admissible à ces prestations — qu'elles soient ou non déduites des dommages-intérêts, le demandeur reçoit les prestations : *Cunningham*, p. 381-383; pour une critique de l'importance accordée à ce facteur, voir aussi Ogus, p. 226-227.

[68] Les prestations de retraite en l'espèce ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus et, comme nous le verrons, les prestations de retraite accumulées au fil des années de service sont invariablement jugées contributives. Le fait que le régime de retraite en l'espèce soit un régime à prestations déterminées ne change rien à cette conclusion. Par conséquent, le problème qui ressort de ce qui oppose l'opinion majoritaire et la dissidence dans *Cunningham*, c.-à-d. la façon dont il convient de traiter les prestations indemnitaires auxquelles le demandeur a contribué, ne se pose pas en l'espèce.

[69] Je conclus de cet examen que les questions de savoir si la prestation est de la nature d'une indemnité pour la perte attribuable au manquement du défendeur, et si le demandeur a contribué directement ou indirectement à la prestation, ont joué un rôle important lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi certaines prestations sont ou ne sont pas visées par l'exception relative à l'assurance privée. Les opinions exprimées par la Cour ont été nettement et étroitement partagées sur la question de la déduction d'une prestation indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué. Cependant, à ma connaissance, aucune décision de la Cour n'a exigé la déduction d'une prestation non indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué, comme les prestations de retraite en l'espèce.

(iii) Broader Policy Considerations

[70] Three main policy considerations have often been advanced to explain why a benefit should or should not be deducted: punishment, deterrence, and the provision of incentives for socially responsible behaviour.

[71] The private insurance exception has often been justified on the basis that deducting the benefit from the damages reduces their punitive and deterrent value. However, the notion that the exception was intended to have a punitive and deterrent value has been widely, and, in my view, soundly, criticized. Authors agree that punitive and deterrent value ought not to be relied on to explain why a benefit is or is not deducted: see J. G. Fleming, “The Collateral Source Rule and Contract Damages” (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56, at pp. 58-59; J. Marks, “Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not” (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387, at p. 1420; J. M. Perillo, “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, at p. 716; Ogus, at p. 225; Burrows, at pp. 162-63. This view is supported by both the High Court of Australia and the House of Lords: see *National Insurance Co.*, at p. 571, *per* Dixon C.J., and *Parry*, at p. 33. In *Parry*, Lord Pearce put it this way at p. 33: “The word ‘punitive’ gives no help. It is simply a word used when a court thinks it unfair that a defendant should be saddled with liability for a particular item.” I would add that it is hard to defend punishment and deterrence as rationales against the incisive critique advanced by McLachlin J. in her dissenting reasons in *Cunningham*, at pp. 383-84. I conclude that it is unsound to rely on a punitive or deterrent justification for the private insurance exception, particularly in breach of contract cases where fault is not an operating concept.

(iii) Considérations de principe plus générales

[70] Trois considérations de principe principales ont souvent été invoquées pour expliquer pourquoi une prestation devrait ou ne devrait pas être déduite : la punition, la dissuasion ainsi que des facteurs d’incitation en vue de l’adoption d’une conduite socialement responsable.

[71] L’exception relative à l’assurance privée a souvent été justifiée par le fait que la déduction de la prestation réduit la valeur punitive et dissuasive des dommages-intérêts. Cependant, la notion que cette exception devait avoir une valeur punitive et dissuasive a été largement critiquée, à bon droit à mon avis. Les auteurs s’entendent pour dire qu’il ne faut pas se fonder sur ces facteurs pour expliquer pourquoi une prestation est ou n’est pas déduite : voir J. G. Fleming, « The Collateral Source Rule and Contract Damages » (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56, p. 58-59; J. Marks, « Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not » (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387, p. 1420; J. M. Perillo, « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, p. 716; Ogus, p. 225; Burrows, p. 162-163. Ce point de vue a été retenu tant par la Haute Cour d’Australie que par la Chambre des lords : voir *National Insurance Co.*, p. 571, le juge en chef Dixon, et *Parry*, p. 33. Dans *Parry*, lord Pearce s’est exprimé comme suit à la p. 33 : [TRADUCTION] « Le mot “punitif” n’est d’aucune utilité. Il s’agit simplement d’un mot utilisé quand un tribunal estime injuste qu’un défendeur soit tenu au paiement de dommages-intérêts relativement à un article donné. » J’ajouterais qu’il est difficile d’invoquer la punition et la dissuasion pour écarter la critique incisive faite par la juge McLachlin dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés dans *Cunningham*, p. 383-384. Je conclus qu’il ne convient pas d’invoquer la punition ou la dissuasion pour justifier l’exception relative à l’assurance privée, surtout dans les cas de rupture de contrat où la notion de faute ne s’applique pas.

[72] This is not to say, however, that the approach to damages does or should ignore the underlying purposes of the substantive obligations the breach of which they seek to remedy. If, for example, an important purpose of the law of contracts is to protect the reasonable expectations of the parties to a contract, it is appropriate to consider how well the award of damages furthers that purpose in a particular case: see, e.g., A. Swan and J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §1.27. This consideration may be taken into account along with the other principles of damages law in order to ensure that there is a good “remedial fit” between the breach of obligation and the remedy.

[73] The private insurance exception has also been justified by the incentives it may provide. For example, deducting benefits that plaintiffs have provided for themselves might discourage plaintiffs from acting prudently in obtaining that sort of protection. This, however, has been a controversial explanation. The majority relied on it in *Cunningham*, but it was trenchantly criticized by the dissent and a similar critique has been made by scholars: see, e.g., Ogus, at pp. 226-27.

[74] In my view, we should be cautious about relying too heavily on the incentives that may result from deducting or not deducting. There will sometimes be little basis in fact for supposing that either deducting or not deducting certain benefits will have any impact on people’s behaviour. For example, do we think it likely that deducting insurance benefits will discourage people from buying insurance? The coverage is not limited to situations in which there will be legal recourse against a defendant. Even when legal recourse is available, it will likely require a longer and more expensive process, as compared to making an insurance claim. Nor is it likely that people will be less ready to buy insurance if they are not doubly compensated in cases in which fault can be established. It seems to me that we should generally rely on these broader

[72] Cela ne veut toutefois pas dire que l’approche applicable à l’égard des dommages-intérêts ne tient pas compte, ou ne devrait pas tenir compte, des objets sous-jacents aux obligations substantielles non respectées auxquelles on veut remédier par l’attribution de dommages-intérêts. Si, par exemple, la protection des attentes raisonnables des parties à un contrat constitue l’un des objectifs importants du droit contractuel, il convient alors d’examiner dans quelle mesure l’attribution de dommages-intérêts favorise cet objectif dans une affaire donnée : voir, p. ex., A. Swan et J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3^e éd. 2012), §1.27. Ce facteur peut être pris en considération, ainsi que les autres principes du droit afférent aux dommages-intérêts, pour faire en sorte que la réparation soit bien adaptée au manquement à l’obligation.

[73] L’exception relative à l’assurance privée a aussi été justifiée par les facteurs d’incitation qu’elle peut offrir. Par exemple, déduire les prestations que les demandeurs se sont procurées est susceptible de décourager les demandeurs d’agir prudemment lorsqu’ils prennent une mesure de protection de ce genre. Cette explication suscite toutefois une certaine controverse. Les juges majoritaires se sont fondés sur cette explication dans *Cunningham*, mais les juges dissidents, ainsi que certains auteurs, l’ont vigoureusement critiquée : voir, p. ex., Ogus, p. 226-227.

[74] À mon avis, nous devons nous garder d’accorder trop de poids aux facteurs d’incitation qui peuvent résulter de la déduction ou la non-déduction. Parfois, peu d’éléments nous permettront de croire que la déduction ou la non-déduction de certaines prestations aura une incidence sur le comportement des gens. Par exemple, croyons-nous qu’il soit probable que la déduction des prestations d’assurance aura pour effet de décourager les gens à souscrire une assurance? Le contrat d’assurance ne couvre pas seulement les situations qui se prêteront à un recours judiciaire contre un défendeur. Même lorsqu’un recours est possible, le processus peut s’avérer plus long et plus coûteux que le dépôt d’une réclamation d’assurance. Il n’est pas non plus vraisemblable de penser que les gens seront réticents à souscrire une assurance

policy concerns only when they are directly related to the particular benefit in issue and when there is some reasonable basis in fact or experience to suppose that deducting or not deducting will actually serve the policy objective.

[75] *Sylvester* provides an example of grounding policy considerations in the facts of the case. The result in that case was supported by the fact that deducting the disability benefits from wrongful dismissal damages ensured that all affected employees would receive equal damages: if the benefits were not deducted, a dismissed employee collecting disability benefits would receive more compensation than would the employee who is dismissed while working (para. 21). In the same paragraph, the Court considered the incentives created by the deduction or non-deduction of the disability benefits: failing to deduct the disability benefits could be an undesirable deterrent to employers establishing disability benefit plans. These concerns are directly related to the benefits in question and have a reasonable basis in fact.

[76] From this review of the authorities, I reach these conclusions:

- (a) There is no single marker to sort which benefits fall within the private insurance exception.
- (b) One widely accepted factor relates to the nature and purpose of the benefit. The more closely the benefit is, in nature and purpose, an indemnity against the type of loss caused by the defendant's breach, the stronger the case for deduction. The converse is also true.

s'ils ne reçoivent pas une double indemnité dans les cas où une faute peut être établie. Il me semble qu'en général nous devrions nous fonder sur ces considérations de principe plus générales seulement lorsqu'elles sont directement liées à la prestation en question et qu'un fondement factuel raisonnable ou l'expérience nous permettent de penser que la déduction ou la non-déduction favoriseront effectivement l'objectif recherché.

[75] L'arrêt *Sylvester* offre un exemple où l'on a fondé les considérations de principes sur les faits en cause. La décision rendue dans cette affaire s'appuyait sur le fait que la déduction des prestations d'invalidité des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié garantissait que tous les employés touchés recevraient des dommages-intérêts équivalents. Si les prestations n'étaient pas déduites, un employé congédié pendant qu'il touche des prestations d'invalidité obtiendrait une indemnité plus élevée que l'employé congédié pendant qu'il travaille (par. 21). Dans ce même paragraphe, la Cour a examiné les facteurs d'incitation résultant de la déduction ou la non-déduction des prestations d'invalidité — le fait de ne pas déduire les prestations pourrait constituer, pour les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité, un facteur de dissuasion qui n'est pas souhaitable. Ces préoccupations sont directement liées aux prestations en question et ont un fondement factuel raisonnable.

[76] Cet examen de la jurisprudence et de la doctrine me permet de tirer les conclusions suivantes.

- a) Aucun facteur unique ne permet de déterminer les prestations qui sont visées par l'exception relative à l'assurance privée.
- b) Un facteur largement reconnu a trait à la nature et à l'objet de la prestation. Plus la prestation s'apparente, de par sa nature et son objet, à un dédommagement du type de perte causée par le manquement du défendeur, plus les circonstances militent en faveur de la déduction. L'inverse est aussi vrai.

- | | |
|---|--|
| (c) Whether the plaintiff has contributed to the benefit remains a relevant consideration, although the basis for this is debatable. | c) La question de savoir si le demandeur a contribué à la prestation demeure pertinente, bien que son fondement soit discutable. |
| (d) In general, a benefit will not be deducted if it is <i>not an indemnity</i> for the loss caused by the breach and the plaintiff <i>has contributed</i> in order to obtain entitlement to it. | d) En général, une prestation ne sera pas déduite s'il <i>ne s'agit pas d'une indemnité</i> pour la perte causée par le manquement du défendeur et le demandeur <i>a contribué</i> dans le but d'y avoir droit. |
| (e) There is room in the analysis of the deduction issue for broader policy considerations such as the desirability of equal treatment of those in similar situations, the possibility of providing incentives for socially desirable conduct, and the need for clear rules that are easy to apply. | e) L'analyse de la question de la déduction permet l'examen de considérations de principe plus générales, comme le fait qu'il soit souhaitable que toutes les personnes dans des situations semblables reçoivent un traitement équivalent, la possibilité d'offrir des incitations pour une conduite sociale souhaitable et la nécessité que des règles claires puissent facilement s'appliquer. |

(3) Application to This Case

[77] Where would these factors lead us in this case? In my view, they clearly support not deducting the retirement pension benefits from wrongful dismissal damages. The retirement pension is not an indemnity for wage loss, but rather a form of retirement savings. While the employer made all of the contributions to fund the plan, Mr. Waterman earned his entitlement to benefits through his years of service. As the plan states, its primary purpose is “to provide periodic pension payments to eligible employees . . . after retirement . . . in respect of their service as employees”: art. 1.01, A.R., at p. 117. Thus, it seems to me that this case falls into the category of cases in which the insurance exception has always been applied: the benefit is not an indemnity and the employee contributed to the benefit. This result is consistent with the dominant view in the case law and among legal scholars: *Guy; Gill; Chandler; Emery; Parry; Ogus*, at p. 223.

[78] To conclude, the compensation principle should not be applied strictly in this case because the pension benefits fall within the private

(3) Application à la présente affaire

[77] À quelle conclusion ces facteurs nous mènent-ils en l'espèce? À mon avis, ils militent clairement en faveur de la non-déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus, mais plutôt une forme d'épargne-retraite. Bien que l'employeur ait fait toutes les cotisations au régime, M. Waterman a acquis pendant ses années de service le droit de recevoir des prestations. Comme il est énoncé dans le régime, le principal objet consiste à [TRADUCTION] « assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles [. . .] après la retraite [. . .] pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés » : art. 1.01, d.a., p. 117. Par conséquent, il me semble que la présente espèce entre dans la catégorie des situations auxquelles l'exception relative à l'assurance s'est toujours appliquée : la prestation n'est pas une indemnité et l'employé a cotisé au régime. Cette conclusion concorde avec l'opinion la plus généralement admise dans la jurisprudence et la doctrine : *Guy; Gill; Chandler; Emery; Parry; Ogus*, p. 223.

[78] En conclusion, le principe d'indemnisation ne devrait pas être appliqué strictement en l'espèce parce que les prestations de retraite sont visées

insurance exception and should not be deducted from the wrongful dismissal damages.

C. *Does the Court's Decision in Sylvester Support IBM's Position That the Pension Benefits Must Be Deducted?*

[79] I turn to IBM's second main argument, that the Court's decision in *Sylvester* supports its position that the pension benefits must be deducted here. In my view *Sylvester* does not support that result.

[80] The issue in *Sylvester* was whether damages for wrongful dismissal should be reduced by the amount of disability benefits paid during the notice period from an employer-funded plan. The Court's analysis addressed three factors: the nature of the benefit, the intentions of the parties as reflected in the employment contract, and some broader policy considerations. When these factors are considered in light of the facts of this case, they lead to the opposite conclusion than they did in *Sylvester*.

[81] The Court in *Sylvester* began by looking at the nature of the benefit. Was it intended to be a substitute (i.e. an indemnity) for wages payable during the period of reasonable notice? For two reasons, the Court determined that they were. First, the disability benefits were a wage replacement benefit. It was clear from the terms of the plans that the benefits were intended to continue the employee's earnings in the event the employee was unable to work due to illness or injury. Second, the disability benefits would be reduced by other income received by the employee, including other disability income, wage continuation plan benefits, pension benefits, workers' compensation benefits and salary from other employment: para. 14. They were therefore not freestanding entitlements — they were linked to and defined by the extent of actual income loss. (As I have already noted, the Court was also careful not to opine on whether the result would be the same if the employee had

par l'exception relative à l'assurance privée et ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

C. *L'arrêt Sylvester de notre Cour appuie-t-il la thèse d'IBM selon laquelle les prestations de retraite doivent être déduites?*

[79] J'aborde maintenant le deuxième argument principal soulevé par IBM, soit que l'arrêt *Sylvester* rendu par la Cour appuie sa thèse voulant que les prestations de retraite doivent être déduites en l'espèce. À mon avis, *Sylvester* n'appuie pas cette conclusion.

[80] La question en litige dans *Sylvester* était de savoir si les dommages-intérêts pour congédiement injustifié devaient être réduits du montant des prestations d'invalidité payées, pendant la période visée par le préavis, au titre d'un régime financé par l'employeur. L'analyse de la Cour portait sur trois facteurs : la nature de la prestation, les intentions des parties exprimées au contrat de travail, et quelques considérations de principe plus générales. L'examen de ces facteurs à la lumière des faits de l'affaire qui nous occupe mène à la conclusion contraire à celle tirée par la Cour dans *Sylvester*.

[81] Dans *Sylvester*, la Cour a d'abord examiné la nature de la prestation. Se voulait-elle une solution de rechange (c.-à-d. une indemnité) au salaire payable pendant la période de préavis raisonnable? La Cour a jugé que c'était le cas, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les prestations d'invalidité remplaçaient le salaire. Il ressortait clairement des modalités des régimes en cause que les prestations visaient à maintenir le paiement de la rémunération de l'employé dans l'éventualité où celui-ci serait incapable de travailler pour cause de maladie ou de blessure. Deuxièmement, les prestations d'invalidité étaient réduites des autres revenus de l'employé, y compris les autres revenus d'invalidité, les prestations reçues au titre d'un régime de continuation de la rémunération, les prestations de pension, les indemnités d'accident du travail et le salaire tiré d'un autre emploi : par. 14. Elles ne constituaient donc pas un droit indépendant — elles étaient liées à la perte de salaire réelle et

contributed money or money's worth in order to obtain the benefit. The Court specifically left open the question of whether "disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan": para. 22.)

[82] The benefit in issue in this case is of an entirely different nature. Unlike the disability benefits in *Sylvester*, the pension benefit is clearly not an indemnity benefit for loss of salary due to inability to work. The purpose of the pension benefits, as expressed in the plan documents, "is to provide periodic pension payments to eligible employees . . . after retirement and until death in respect of their service as employees": art. 1.01, A.R., at p. 117. The pension plan is, in essence, a retirement savings vehicle to which an employee earns an absolute entitlement over time. Benefits are determined by years of service and salary level. An employee who leaves employment after 10 or more years of service receives either a deferred pension or a transfer of the lump sum commuted value of the pension entitlement to a locked-in retirement vehicle. Pensionable earnings are credited at 100 percent of salary while on approved unpaid leave or short-term disability. Moreover, unlike the disability payments in *Sylvester*, pension payments or entitlements are not in general reduced by other income or benefits received by the recipient. Mr. Waterman could have retired, drawn his full pension, and drawn a full salary from another employer. Pension benefits are clearly not intended to provide an indemnity for loss of income.

[83] There is an even more fundamental difference. As Prowse J.A. points out in her reasons in

définies par cette perte. (Comme je l'ai déjà signalé, la Cour a aussi pris soin de ne pas se prononcer sur la question de savoir si la conclusion serait la même si l'employé avait cotisé, en argent ou autrement, dans le but d'obtenir les prestations. La Cour a explicitement indiqué qu'elle ne se prononçait pas sur la question de savoir si les « prestations d'invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l'employé a cotisé au régime de prestations d'invalidité » : par. 22.)

[82] Les prestations en l'espèce sont de nature complètement différente. Contrairement aux prestations d'invalidité en cause dans *Sylvester*, les prestations de retraite ne sont manifestement pas des prestations indemnitaires pour perte de salaire en raison d'une incapacité à travailler. Selon ce qu'indiquent les documents relatifs au régime, les prestations de retraite visent à [TRADUCTION] « assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles [. . .] après leur retraite et jusqu'à leur décès pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés » : art. 1.01, d.a., p. 117. Le régime de retraite est essentiellement un outil d'épargne-retraite sur lequel l'employé acquiert un droit absolu au fil du temps. Les prestations sont fonction des années de service et du niveau de salaire. L'employé qui quitte son emploi après 10 ans ou plus de service touche des prestations de retraite différées ou obtient le transfert de la valeur de rachat globale admissible de sa pension dans un compte de retraite immobilisé. Les gains ouvrant droit à pension sont calculés en fonction du plein salaire pendant un congé sans solde autorisé ou un congé d'invalidité de courte durée. De plus, contrairement aux prestations d'invalidité dans *Sylvester*, les autres sources de revenus ou prestations reçues par le bénéficiaire ne sont généralement pas déduites des prestations de retraite ou des droits à pension. M. Waterman aurait pu prendre sa retraite, toucher sa pleine pension et recevoir un plein salaire d'un autre employeur. Les prestations de retraite n'ont manifestement pas pour objet de compenser une perte de revenus.

[83] Il existe une différence encore plus fondamentale. Comme la juge Prowse l'a souligné

the Court of Appeal, pension benefits like those in issue here bear many of the hallmarks of a property right. They, as she put it, are regarded as belonging to the employee:

. . . although the payments under the [Defined Benefit Pension] Plan are made wholly by IBM, they are made “on behalf of” the employee. This is also reflected in IBM’s [Defined Contribution] Plan, where employer contributions are attributed to a fund in the name of the employee. In both instances, the pension benefits are regarded as belonging to the employee. They have the right to designate beneficiaries of the benefit; they can elect to transfer their pension account to another locked-in RRSP or to another employer after 10 years of service upon leaving IBM; there is a provision for a lump-sum pay-out on retirement in the case of “small pensions” (of lesser magnitude than that enjoyed by Mr. Waterman (Article 10.08)); and, in many jurisdictions, their pension rights are divisible between spouses on marriage breakdown. [Emphasis added; para. 60.]

[84] This view is supported by basic principles of pension law. Mr. Waterman’s pension was vested. As A. Kaplan and M. Frazer explain in *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 203:

Vesting is the “foundation stone” of employee protections upon which pension regulation is based An employee who is vested has an enforceable statutory right to the accrued value of his or her pension benefit earned to date, even if the employee terminates employment and plan membership prior to retirement age. It is the vesting of pension benefits that shift our perception of pensions from purely contractual entitlements to quasi-proprietary interests.

[85] Pension benefits have consistently been viewed as an entitlement earned by the employee. As Lord Reid put it in *Parry*, at p. 16: “The products of the sums paid into the pension fund are in fact delayed remuneration for [the employee’s] current work. That is why pensions are regarded

dans ses motifs en Cour d’appel, les prestations de retraite telles celles en cause dans la présente affaire revêtent plusieurs des caractéristiques d’un droit de propriété. Pour reprendre ses propos, ces prestations sont considérées comme appartenant à l’employé :

[TRADUCTION] . . . bien que les paiements prévus au régime [de retraite à prestations déterminées] soient entièrement versés par IBM, ils le sont « pour le compte de » l’employé. C’est également ce qui appert du régime [à cotisations déterminées] d’IBM, où les cotisations de l’employeur sont versées dans une caisse au nom de l’employé. Dans les deux cas, les prestations de retraite sont considérées comme appartenant à l’employé. Ce dernier peut désigner les bénéficiaires des prestations et décider de transférer son compte de pension dans un autre REÉR immobilisé ou chez un autre employeur après 10 ans de service au moment où il cesse de travailler pour IBM; une disposition prévoit le versement d’une indemnité de départ forfaitaire à l’employé qui prend sa retraite et qui a droit à une « petite pension » (inférieure à celle dont jouit M. Waterman (article 10.08)); et, dans plusieurs ressorts, la valeur de ses droits à pension peut être partagée entre les conjoints en cas de rupture du mariage. [Je souligne; par. 60.]

[84] Ce point de vue s’appuie sur les principes de base du droit des pensions. La pension de M. Waterman était acquise. Comme l’expliquent A. Kaplan et M. Frazer dans *Pension Law* (2^e éd. 2013), p. 203 :

[TRADUCTION] L’acquisition est la « pierre d’assise » des mesures de protection offertes à l’employé sur laquelle repose la réglementation des régimes de retraite [. . .] L’employé ayant acquis une pension se voit conférer par la loi un droit exécutoire à la valeur accumulée des prestations de retraite qu’il a déjà gagnées, même s’il met fin à son emploi et cesse de participer au régime de retraite avant d’avoir atteint l’âge de la retraite. C’est l’acquisition des prestations de retraite qui nous amène à voir les pensions non plus comme des droits de nature purement contractuelle, mais comme des intérêts quasi propriétaires.

[85] Les prestations de retraite ont toujours été perçues comme un droit acquis par l’employé. Comme l’a expliqué lord Reid à la p. 16 de l’arrêt *Parry* : [TRADUCTION] « Le produit des sommes versées dans la caisse de retraite constitue, en fait, une rémunération différée du travail actuel [de

as earned income.” The pension is therefore a form of retirement savings earned over the years of employment to which the employee acquires specific and enforceable rights. This is no less the case because the pension benefits were not reduced by the wrongful dismissal; had they been, there would be no collateral benefit problem and no question of deduction. It is useful to ask this question: In light of the contract of employment, would the parties have intended to use an employee’s vested pension entitlements to subsidize his or her wrongful dismissal? In my view, the answer must be no. As Joseph M. Perillo writes:

Suppose an employer fires an employee without justification, breaching a contract of employment, and the employee turns to his or her savings account for living expenses. No one would argue that the employee’s recovery against the employer should be diminished by the employee’s withdrawals from savings. The savings account is a collateral source. To the extent that another collateral source resembles a savings account, the plaintiff should be able to recover damages without a deduction for the amount received from the collateral source. [Emphasis added; p. 706.]

[86] My colleague Rothstein J. does not accept that the different nature of the benefits in issue here and in *Sylvester* is a relevant distinction between the two cases. However, Major J., writing for a unanimous Court in *Sylvester*, clearly thought it was. His first reason for deciding that the benefits ought to be deducted was that “the disability benefits were intended to be a substitute for the respondent’s regular salary”: para. 14. In other words, it was a key aspect of the Court’s reasoning in *Sylvester* that the benefit in issue was intended to be an indemnity for wage loss. I find it impossible to dismiss the first reason the Court in *Sylvester* gave for its decision as irrelevant.

l’employé]. C’est la raison pour laquelle on considère les prestations de retraite comme un revenu gagné. » Il s’agit donc d’une forme d’épargne-retraite gagnée au fil des années de service sur laquelle l’employé acquiert des droits spécifiques et exécutoires. Il n’en est pas moins ainsi du fait que le congédiement injustifié n’a pas entraîné une réduction des prestations de retraite; si elles avaient été réduites du fait du congédiement injustifié, il n’y aurait aucun problème de prestation parallèle et la question de la déduction ne se poserait pas. Il convient de poser la question suivante : compte tenu du contrat d’emploi, les parties auraient-elles eu l’intention d’utiliser les droits à pension acquis à l’employé pour financer son congédiement injustifié? À mon avis, il faut répondre par la négative. Joseph M. Perillo a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Supposons qu’un employeur congédie un employé sans justification, qu’il rompt le contrat d’emploi, et que l’employé utilise ses épargnes pour couvrir ses frais de subsistance. Personne n’irait prétendre que les montants retirés du compte d’épargne de l’employé devraient être déduits de la réparation payée à l’employé par l’employeur. Le compte d’épargne est une source parallèle. Dans la mesure où une autre source parallèle ressemble à un compte d’épargne, le demandeur devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts sans que le montant provenant de la source parallèle ne soit déduit. [Je souligne; p. 706.]

[86] Mon collègue le juge Rothstein n’accepte pas que la nature différente des prestations en l’espèce par rapport à celles dont il est question dans *Sylvester* puisse constituer une distinction pertinente entre les deux affaires. Cependant, le juge Major, qui a rédigé la décision unanime de la Cour dans *Sylvester*, croyait manifestement que c’était le cas. La première raison pour laquelle il était d’avis que les prestations devaient être déduites était que « les prestations d’invalidité visaient à remplacer le salaire reçu ordinairement par l’intimé » : par. 14. Autrement dit, le fait que les prestations en cause devaient être une indemnité pour perte de salaire constituait un aspect essentiel du raisonnement adopté par la Cour dans *Sylvester*. J’estime qu’il est impossible de rejeter la première raison donnée par la Cour à l’appui de sa décision dans *Sylvester* au motif qu’elle n’est pas pertinente.

[87] The Court in *Sylvester* then turned to the contract of employment. The goal was to see if it shed any light on the parties' intentions with respect to the receipt of both damages for wrongful dismissal and disability benefits. Contrary to the view of my colleague Rothstein J., the relevant question was *not* what Mr. Sylvester was entitled to under his contract in the event that his employer had not breached it. The question was whether the contract expressly or impliedly provided for him to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal: para. 13. Although the employment contract in *Sylvester* (as in this case) did not expressly address that question, it did so by implication. The receipt of both disability benefits and wages was not possible in any circumstances under the contract of employment. Moreover, other income of any nature had to be deducted from the amount of the disability payments. This suggested that the parties did not intend Mr. Sylvester to receive both disability benefits and damages representing lost wages during the notice period. As Major J. put it:

The respondent's contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits are based on opposite assumptions about his ability to work and it is incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts. The damages are based on the premise that he would have worked during the notice period. The disability payments are only payable because he could not work. It makes no sense to pay damages based on the assumption that he would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work. This suggests that the parties did not intend the respondent to receive both damages and disability benefits. [Emphasis added; para. 17.]

[88] As I read *Sylvester*, this analysis does not suggest that we should focus narrowly on the precise provisions of the employment contract,

[87] Dans *Sylvester*, la Cour a ensuite examiné le contrat d'emploi dans le but de mieux comprendre les intentions des parties en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié et de prestations d'invalidité. Contrairement à l'avis exprimé par mon collègue le juge Rothstein, la question pertinente *n'était pas* de savoir à quoi M. Sylvester avait droit aux termes de son contrat d'emploi si son employeur ne l'avait pas violé. La question était de savoir si le contrat prévoyait, expressément ou implicitement, qu'il reçoive à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié : par. 13. Le contrat d'emploi dont il était question dans *Sylvester* (comme en l'espèce) ne traitait pas expressément de cette question, mais il le faisait implicitement. Quelles que soient les circonstances, il était impossible que M. Sylvester touche à la fois, en vertu du contrat d'emploi, des prestations d'invalidité et un salaire. De plus, les autres revenus, de quelque nature que ce soit, devaient être déduits du montant des prestations d'invalidité. Cela signifiait que les parties n'avaient pas l'intention que M. Sylvester touche à la fois les prestations d'invalidité et les dommages-intérêts pour perte de salaire pendant la période de préavis. Le juge Major l'a expliqué comme suit :

Le droit contractuel de l'intimé de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d'invalidité reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il est incompatible avec le contrat de travail que l'intimé puisse toucher ces deux sommes d'argent. Les dommages-intérêts sont fondés sur la prémisses qu'il aurait travaillé pendant la période visée par le préavis. Les prestations d'invalidité ne sont payables que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que l'employé aurait travaillé, en sus de prestations d'invalidité découlant d'un droit qui n'a pris naissance que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Cela tend à indiquer que les parties n'entendaient pas que l'intimé reçoive à la fois des dommages-intérêts et des prestations d'invalidité. [Je souligne; par. 17.]

[88] Selon mon interprétation de l'arrêt *Sylvester*, cette analyse ne signifie pas qu'il faille s'intéresser exclusivement aux dispositions précises du contrat

unless of course they deal expressly with the issue of whether pension benefits should be deducted from wrongful dismissal damages. In the absence of such an explicit provision — and, as in *Sylvester*, there is no explicit provision in this case — we must look at the contract in an attempt to determine what the parties intended with respect to the receipt of both wrongful dismissal damages and pension benefits.

[89] When we examine the employment contract in this case, the picture is much less clear than it was in *Sylvester*. It is true that because Mr. Waterman was between the ages of 65 and 71 at the time of his dismissal and qualified for his full pension, he could not in fact receive both employment income from IBM and pension benefits. However, looking at the contract as a whole, it is not a fair implication that the parties agreed that pension entitlements should be deducted from wrongful dismissal damages.

[90] First, an employee who is dismissed before his date of retirement would receive, without deduction, wrongful dismissal damages and all of his or her entitlements under the plan (for example, a deferred pension or its commuted value transferred to a locked-in savings vehicle). No one has suggested that these amounts would in any way affect wrongful dismissal damages. In fact, the value of any pension entitlements lost during the notice period would be a compensable loss in a wrongful dismissal action: see, e.g., J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6th ed. 2012), at pp. 6-51 to 6-52.6. Second, a retired employee would receive, in full, both his pension benefits and any employment income earned from another employer. There is nothing before us to suggest that a retired IBM employee could not obtain employment with another employer and keep both his or her pension income and the new employment income. Third, once an employee reaches age 71, he or she could receive in full both employment income from IBM and pension benefits: plan description, at p. 2 (A.R., at p. 103); plan art. 9.02 (A.R., at p. 132). In *Sylvester*, not only was it impossible in all

de travail, à moins bien sûr qu'elles portent expressément sur la question de la déductibilité des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. En l'absence d'une telle disposition expresse — et, tout comme dans *Sylvester*, il n'y en a aucune en l'espèce — nous devons examiner le contrat afin de déterminer quelle était l'intention des parties en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié et de prestations de retraite.

[89] Lorsque nous examinons le contrat de travail en l'espèce, le tableau est beaucoup moins clair qu'il ne l'était dans *Sylvester*. Il est vrai que, parce que M. Waterman avait entre 65 et 71 ans au moment de son congédiement et qu'il était admissible à la pension maximale, il ne pouvait pas en fait toucher à la fois un revenu d'emploi d'IBM et des prestations de retraite. Cependant, lorsqu'on examine le contrat dans son ensemble, il n'est pas juste d'en inférer que les parties ont convenu que les droits à la pension devraient être déduits des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

[90] Premièrement, l'employé qui est congédié avant la date de sa retraite recevrait, sans déduction, des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et tous les droits prévus par le régime (par exemple, une pension différée ou le transfert de la valeur de rachat dans un compte de retraite immobilisé). Nul n'a laissé entendre que ces montants auraient une incidence quelconque sur les dommages-intérêts pour congédiement injustifié. En fait, la valeur des droits à la pension perdue pendant la période visée par le préavis serait indemnisable dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié : voir, p. ex., J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6^e éd. 2012), p. 6-51 à 6-52.6. Deuxièmement, l'employé retraité toucherait la pension maximale et tout revenu d'emploi d'un autre employeur. Rien ne nous permet de penser qu'un employé retraité d'IBM ne pourrait pas obtenir un emploi ailleurs et conserver son revenu de pension ainsi que le nouveau revenu d'emploi. Troisièmement, à l'âge de 71 ans, l'employé pourrait toucher le plein salaire versé par IBM et la pension maximale : description du régime, p. 2 (d.a., p. 103); régime, art. 9.02 (d.a., p. 132). Dans *Sylvester*, non seulement était-il

circumstances to receive salary and disability benefits, it was clear that the amount of disability benefits would be reduced by any other income, whatever its source, received by the employee: para. 14. Unlike *Sylvester*, it cannot be said here that the rights to damages for wrongful dismissal and to pension benefits are based on opposite or incompatible assumptions. This conclusion is also consistent with the understanding of vested pension entitlements as being akin to property rights which accrue over time for the employee's benefit.

[91] I conclude that, unlike the situation in *Sylvester*, Mr. Waterman's receipt of pension benefits and wrongful dismissal damages is not based on opposite assumptions about his ability to work and it is not incompatible with the employment contract that he could receive both pension benefits and employment income.

[92] Finally, the Court in *Sylvester* turned to the broader policy concerns, notably that dismissed employees should be treated alike and that the incentives should encourage rather than discourage employers from setting up disability plans. As Major J. put it, at para. 21:

If disability benefits are paid in addition to damages for wrongful dismissal, the employee collecting disability benefits receives more compensation than the employee who is dismissed while working. Deducting disability benefits ensures that all affected employees receive equal damages If disability benefits are not deductible, employers who set up disability benefits plans will be required to pay more to employees upon termination than employers who do not set up plans. This deterrent to establishing disability benefits plans is not desirable. [Emphasis added.]

[93] These factors are also relevant here, although, in this case, they support not deducting rather than

impossible pour l'employé, *en toutes circonstances*, de toucher un salaire et des prestations d'invalidité, mais il était clair que le montant de ces prestations serait réduit de tout autre revenu reçu par l'employé, peu importe la source : par. 14. Contrairement à l'affaire *Sylvester*, on ne peut affirmer en l'espèce que le droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et le droit aux prestations de retraite reposent sur des hypothèses opposées ou incompatibles. Cette conclusion s'accorde aussi avec l'idée que les droits acquis à la pension sont analogues aux droits de propriété qui s'accumulent avec le temps au profit de l'employé.

[91] Je conclus que, contrairement à la situation dans l'arrêt *Sylvester*, le fait que M. Waterman ait reçu des prestations de retraite et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié ne repose pas sur des hypothèses opposées à propos de sa capacité à travailler et n'est pas incompatible avec le contrat d'emploi selon lequel il peut toucher à la fois des prestations de retraite et un revenu d'emploi.

[92] Enfin, dans l'arrêt *Sylvester*, la Cour a examiné des préoccupations de principe plus générales, notamment le fait que les employés congédiés devraient être traités de la même façon et que les mesures incitatives devraient encourager, et non dissuader, les employeurs à établir des régimes d'invalidité. Comme l'a expliqué le juge Major au par. 21 :

Si des prestations d'invalidité sont payées en sus de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, l'employé qui reçoit des prestations d'invalidité reçoit une indemnité plus élevée que l'employé qui est congédié pendant qu'il travaille. Le fait de déduire les prestations d'invalidité garantit que tous les employés touchés reçoivent des dommages-intérêts équivalents [. . .] Si les prestations d'invalidité ne sont pas déductibles, les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité devront, en cas de cessation d'emploi, payer davantage aux employés touchés que les employeurs qui n'établissent pas de tels régimes. Ce facteur de dissuasion à l'établissement de régimes de prestations d'invalidité n'est pas souhaitable. [Je souligne.]

[93] Ces facteurs sont également pertinents en l'espèce, bien que dans ce cas là, ils appuyaient

deducting the benefits. Unlike in *Sylvester*, non-deduction in this case promotes equal treatment of employees. If deduction is permitted, an employee who is eligible to receive his or her pension but has not reached 71 years of age can, by means of wrongful dismissal, be forced to retire and draw on his or her pension benefits. By contrast, an employee who is not entitled to his or her pension receives either a deferred pension or the commuted value of it plus full damages for wrongful dismissal and an employee over the age of 71 receives both pension and employment income. Deducting the benefits only in the case of employees in Mr. Waterman's situation would constitute unequal treatment of pensionable employees. Moreover, deductibility seems to me to provide an incentive for employers to dismiss pensionable employees rather than other employees because it will be cheaper to do so. This is not an incentive the law should provide. While this is a broader policy consideration, it is directly related to the benefit in question and has a reasonable basis in fact.

[94] My colleague Rothstein J. is of the view that there is no such incentive because “with respect to the cost of dismissing pensionable and non-pensionable employees, there is a difference only in form, not substance”: para. 134. Respectfully, I cannot agree. The suggestion implicit in this is that there is a dollar for dollar correlation between the amount of the pension benefits that IBM claims should be deducted and the amount IBM contributed over time in order to fund those benefits such that it is not cheaper to dismiss a pensionable employee than one who is not eligible to collect a full pension. This proposition, however, is based on a considerable oversimplification of how pension benefits are funded and, in my respectful view, is not accurate.

la non-déduction des prestations plutôt que leur déduction. Contrairement à la situation rencontrée dans *Sylvester*, la non-déduction en l'espèce favorise le traitement égal de tous les employés. Si la déduction est permise, l'employé admissible à la pension qui n'a pas atteint l'âge de 71 ans peut, s'il est congédié injustement, être obligé de prendre sa retraite et de toucher ses prestations de retraite. Par contre, l'employé non admissible à la pension touche des prestations de retraite différées ou la valeur de rachat de sa pension en sus de tous les dommages-intérêts pour congédiement injustifié, et l'employé âgé de plus de 71 ans touche à la fois ses prestations de retraite et son revenu d'emploi. Déduire les prestations seulement pour les employés qui se trouvent dans la même situation que M. Waterman constituerait une inégalité de traitement pour les employés admissibles à la pension. De plus, la déductibilité me semble avoir pour effet d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Il ne s'agit pas là d'un facteur d'incitation que la loi devrait favoriser. Bien qu'il s'agisse d'une préoccupation de principe plus générale, elle est directement liée à la prestation en question et elle repose sur un fondement factuel raisonnable.

[94] Mon collègue le juge Rothstein estime qu'il n'existe aucun facteur d'incitation de ce genre parce que « la différence entre le coût lié au congédiement des employés admissibles à la pension et le coût lié au congédiement des employés non admissibles est une question de forme seulement et non de fond » : par. 134. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Il laisse entendre implicitement par là qu'il existe un rapport d'équivalence entre le montant des prestations de retraite qui, selon IBM, devrait être déduit et la somme qu'elle a cotisée au fil du temps pour financer ces prestations, de sorte qu'il n'est pas plus économique de congédier un employé admissible à la pension que de congédier un employé non admissible à une pleine pension. Cette proposition repose toutefois sur une simplification fort excessive, et inexacte à mon humble avis, du financement des prestations de retraite.

[95] My colleague Rothstein J. suggests that failure to deduct earned pension benefits from wrongful dismissal damages may disadvantage other employees in the future because it may “incentivize” employers to require an employee to work through the duration of the reasonable notice period to the potential disadvantage of employees. However, the risk of such an incentive seems to me to be highly speculative. There are pluses and minuses for both the employer and employee of giving (and receiving) working notice. From the employer’s perspective, it may not be advantageous to have the employee remain on the employer’s premises during the period of working notice. In addition, the employer loses the benefit of the employee’s efforts to mitigate damages by finding alternate employment, a benefit that is often unpredictable at the time of termination. The employer is always able to negotiate before firing an employee rather than firing without first negotiating. In light of these considerations, among others, it seems to me to be highly speculative to say that refusal to deduct pension benefits will encourage employers to give working notice rather than offer severance.

[96] Finally, there is no parallel, from a policy analysis perspective, between this case and *Sylvester*. The Court in *Sylvester* was concerned that failure to deduct the non-contributory wage replacement benefits in issue there might make employers reluctant to fund wage replacement benefits. This concern does not arise here, given that the pension benefit is not intended to be an indemnity for wage loss and that the employees contribute to the cost of the pension benefits. Moreover, any employer who has this concern (and it must be said that the scarcity of reported cases on the point suggest that it arises very uncommonly) can address it by adding appropriate language to the pension plan text.

[97] To conclude: in this case, the pension benefits are markedly different in nature than the disability benefits in issue in *Sylvester*, the intention

[95] Selon mon collègue le juge Rothstein, l’omission de déduire les prestations de retraite acquises des dommages-intérêts pour congédiement injustifié peut défavoriser d’autres employés à l’avenir en « incitant » les employeurs à exiger de l’employé qu’il travaille jusqu’à la fin de la période de préavis raisonnable, ce qui pourrait défavoriser les employés. Cependant, le risque associé à ce facteur d’incitation me semble éminemment conjectural. Le fait de donner (et de recevoir) un préavis comporte des avantages et des inconvénients tant pour l’employeur que pour l’employé. Du point de vue de l’employeur, il n’est peut-être pas avantageux que l’employé reste sur les lieux de travail pendant la période de préavis. De plus, l’employeur ne bénéficie pas des efforts que pourrait déployer l’employé pour trouver un autre emploi et, ainsi, limiter le préjudice, un avantage imprévisible dans bien des cas au moment du congédiement. L’employeur peut toujours négocier avant de congédier un employé au lieu de le congédier sans avoir d’abord négocié. Vu ces considérations, entre autres, il me semble très conjectural de dire que le refus de déduire les prestations de retraite encouragera les employeurs à donner un préavis plutôt qu’à offrir une indemnité de départ.

[96] Enfin, il n’existe aucun parallèle, du point de vue des considérations de politique générale, entre l’affaire *Sylvester* et la présente affaire. Dans *Sylvester*, la Cour craignait que si les prestations de remplacement du salaire non contributives n’étaient pas déduites, les employeurs pourraient se montrer réticents à financer ces prestations. Cette préoccupation n’est pas présente en l’espèce vu que la prestation de retraite n’est pas censée constituer une indemnité pour perte de salaire et que les employés contribuent au coût des prestations de retraite. De plus, un employeur en proie à cette crainte (il convient cependant de préciser que le peu de cas signalés donne à penser que ce problème survient très rarement) peut la dissiper en ajoutant une disposition appropriée au texte du régime de retraite.

[97] Pour conclure, j’estime qu’en l’espèce, les prestations de retraite sont de nature très différente des prestations d’invalidité en cause dans l’affaire

of the parties in relation to the issue of deduction is much more uncertain in this case than in *Sylvester* and the broader policy considerations point in the opposite direction. Unlike the disability benefits in *Sylvester*, the pension benefits are not an indemnity for loss of earnings, they are not reduced by other benefits or income received and the employee over time receives a legal entitlement to the commuted value of the benefits. Unlike the situation respecting disability benefits in *Sylvester*, there is no general bar against an employee receiving both pension income and employment income, and receipt of the benefits and income is not based on opposite or incompatible assumptions. Pension benefits are not reduced by other income. Not deducting the pension benefits serves the goal of equal treatment of employees and provides better incentives for just treatment of all employees.

[98] I conclude, therefore, that *Sylvester* does not support IBM's position in this case, and that it, in fact, supports the conclusion that the pension benefits should not be deducted from the wrongful dismissal damages.

V. Disposition

[99] I would dismiss the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein J. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

I. Introduction

[100] Richard Waterman brought this suit alleging that his employer, IBM Canada Ltd., breached his employment contract by failing to provide him with reasonable notice of his termination. The trial judge found, and it is now undisputed, that Mr. Waterman was entitled to 18 months more notice than he

Sylvester, que l'intention des parties en ce qui concerne la déductibilité est bien plus ambivalente que dans *Sylvester*, et que les préoccupations de principe plus générales vont dans le sens contraire de cet arrêt. Contrairement aux prestations d'invalidité en cause dans *Sylvester*, les prestations de retraite ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus, elles ne sont pas réduites par le versement d'autres prestations ou par un revenu et l'employé acquiert au fil du temps le droit de toucher la valeur de rachat des prestations. Contrairement à la situation relative aux prestations d'invalidité dans *Sylvester*, rien n'interdit à un employé de toucher à la fois ses prestations de retraite et un revenu d'emploi, et l'obtention de ces prestations et de ce revenu n'est pas fondée sur des hypothèses opposées ou incompatibles. Les prestations de retraite ne sont pas réduites par d'autres revenus. La non-déduction des prestations de retraite permet d'offrir aux employés un traitement égal et d'inciter plus efficacement les employeurs à traiter tous leurs employés de façon équitable.

[98] Je conclus par conséquent que l'arrêt *Sylvester* n'étaye pas la thèse d'IBM en l'espèce, mais qu'il appuie plutôt la conclusion selon laquelle les prestations de retraite ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

V. Dispositif

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

I. Introduction

[100] Richard Waterman a intenté la présente action dans laquelle il allègue que son employeur, IBM Canada Ltée, a violé son contrat de travail en ne lui donnant pas un préavis de congédiement raisonnable. Le juge de première instance a conclu, ce que nul ne conteste maintenant, que

was given, and that he is accordingly entitled to the salary he would have earned if he continued to work during that period. During the 18-month period, IBM paid Mr. Waterman monthly pension benefits under the assumption that he was retired. The sole issue in this case is whether the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman during the 18-month notice period must be deducted in calculating the appropriate damages award.

[101] I agree with the majority that a straightforward application of the governing principle of contract damages — that the non-breaching party be placed in the position he would have been in had the contract been performed — leads to the conclusion that deduction is required (see para. 2). The parties agree that, had Mr. Waterman been given reasonable notice and worked through the reasonable notice period, he would have received his salary, but not his pension, until the notice period elapsed. Deducting the pension benefits IBM paid him during the reasonable notice period thus puts him in the position he would have been in had the contract been performed and failure to deduct gives him a windfall.

[102] However, the majority accepts Mr. Waterman’s argument that he should be allowed a windfall because his pension benefits are subject to the “private insurance” exception. I would reject that argument. This case requires the Court to assess Mr. Waterman’s loss under the terms of a single contract which gave rise to both Mr. Waterman’s right to reasonable notice and his right to pension benefits. The private insurance exception has no application to such a case. Where the Court is called upon to assess loss under a single contract, the plaintiff’s entitlement turns on the ordinary governing principle that he should be put in the

M. Waterman avait droit à un préavis de 18 mois en plus de celui qu’on lui avait donné, et qu’il a par conséquent droit au salaire qu’il aurait gagné s’il avait continué à travailler pendant cette période. Au cours de la période de 18 mois, IBM a versé à M. Waterman des prestations de retraite mensuelles en tenant pour acquis que celui-ci avait pris sa retraite. La seule question en litige dans la présente affaire est de savoir si les prestations de retraite qu’IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis de 18 mois doivent être déduites lors du calcul de la somme qui doit lui être versée à titre de dommages-intérêts.

[101] Je conviens avec les juges majoritaires que, si l’on applique simplement le principe qui régit les dommages-intérêts contractuels — suivant lequel la partie innocente doit être rétablie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté — les prestations de retraite doivent être déduites (voir par. 2). Les parties s’entendent pour dire que, s’il avait reçu un préavis raisonnable et s’il avait travaillé pendant toute la période du préavis raisonnable, M. Waterman n’aurait touché que son salaire, mais pas ses prestations de retraite, jusqu’à la fin de la période de préavis. La déduction des prestations de retraite qu’IBM lui a versées au cours de la période de préavis raisonnable permet donc de remettre M. Waterman dans la même situation que celle dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. En ne déduisant pas les prestations de retraite, on permettrait à M. Waterman de réaliser un gain fortuit.

[102] Or, les juges majoritaires acceptent l’argument de M. Waterman selon lequel il faudrait lui laisser ce gain fortuit parce que ses prestations de retraite sont visées par l’exception relative à l’« assurance privée ». Je suis d’avis de rejeter cet argument. En l’espèce, la Cour doit déterminer la perte subie par M. Waterman selon les modalités d’un seul contrat qui a donné à M. Waterman le droit à un préavis raisonnable et le droit de toucher des prestations de retraite. L’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas à un tel cas. Lorsque la Cour est appelée à déterminer une perte aux termes d’un seul contrat, le droit du demandeur

position he would have been in had the contract been performed.

[103] It is important to note that not all pension plans are alike. Mr. Waterman's pension plan is a defined benefit plan, under which IBM undertook to provide Mr. Waterman with pension benefits from the time of his retirement until the time of his death, based on a predetermined formula. That is to say that, from Mr. Waterman's perspective, upon retirement, he would receive his defined benefits from an unlimited fund for the rest of his life. For this reason, Mr. Waterman's receipt of pension benefits during the reasonable notice period did not affect his future entitlement to pension benefits and deducting the benefits does not have the effect of taking anything away from Mr. Waterman. Rather, not deducting has the effect of giving Mr. Waterman more than he bargained for and charging IBM more than it agreed to pay.

II. Factual Background

[104] Mr. Waterman was an employee of IBM for approximately 42 years. At the time he was terminated, he was 65 years old.

[105] As an employee of IBM, Mr. Waterman became a member of the company's defined benefit pension plan. Under the terms of the plan, IBM was required to make contributions to the pension plan on behalf of its employees and, upon an employee's eligibility to receive benefits, IBM would provide the employee with monthly benefits according to a predetermined formula until the employee's death. An employee became eligible to receive his monthly benefits upon retiring after reaching the age of 65. An employee whose employment was terminated prior to the age of 65 could receive his pension benefits upon turning 65 or could elect to transfer the actuarial equivalent of his accrued pension to a new employer. An employee also became eligible to receive his benefits upon reaching the age of 71, independent of whether he had been terminated

repose sur le principe ordinaire applicable suivant lequel celui-ci doit être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté.

[103] Il importe de signaler que les régimes de retraite ne sont pas tous semblables. M. Waterman bénéficie d'un régime de retraite à prestations déterminées, aux termes duquel IBM s'est engagée à lui verser des prestations selon une formule prédéterminée, et ce, à compter de sa retraite et, par la suite, jusqu'à son décès. Autrement dit, du point de vue de M. Waterman, celui-ci devait toucher, sa vie durant à compter de sa retraite, des prestations déterminées à même un fonds illimité. C'est pourquoi les prestations de retraite reçues par M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable n'ont pas eu d'incidence, pour l'avenir, sur son droit aux prestations de retraite, et la déduction de ces prestations n'enlève rien à M. Waterman. Au contraire, la non-déduction a pour effet de lui accorder davantage que ce qu'il a négocié et d'obliger IBM à verser une somme plus élevée que celle convenue.

II. Contexte factuel

[104] M. Waterman a travaillé pour IBM pendant environ 42 ans. Au moment de son congédiement, il était âgé de 65 ans.

[105] En tant qu'employé d'IBM, M. Waterman a adhéré au régime de retraite à prestations déterminées de la compagnie. Aux termes du régime, IBM devait cotiser au régime pour le compte de ses employés et, dès qu'un employé devenait admissible à toucher des prestations, IBM versait à cet employé des prestations mensuelles selon une formule prédéterminée, et ce, jusqu'à son décès. Le régime prévoyait qu'un employé devenait admissible à des prestations mensuelles au moment de sa retraite, après avoir atteint l'âge de 65 ans. L'employé dont l'emploi prenait fin avant l'âge de 65 ans pouvait toucher ses prestations de retraite après avoir atteint l'âge de 65 ans ou choisir de transférer à un nouvel employeur l'équivalent actuariel de ses prestations de retraite accumulées. L'employé devenait également admissible

or retired, which, according to the parties, was necessary for the plan to comply with income tax regulations. At the time Mr. Waterman was terminated by IBM, the monthly payment he would receive upon becoming eligible had already been determined for several years.

[106] IBM terminated Mr. Waterman in March 2009. It provided him with two months' working notice, after which it would consider him retired and begin paying him his pension benefits. The trial judge found, and it is now undisputed, that IBM was required to give Mr. Waterman an additional 18 months of notice.

[107] The termination letter also offered Mr. Waterman a separation payment in exchange for a general release from liability. As explained later, the separation offer would have provided Mr. Waterman with more than he would have earned had he been given the full 20-month notice period and worked through the notice period. Mr. Waterman declined IBM's separation offer. He continued to work for IBM during the two-month notice period that he was given, and thereafter began collecting monthly pension benefits from IBM. On June 11, 2009, Mr. Waterman initiated this action to enforce his contractual right to be provided with reasonable notice of his termination.

[108] In September 2009, Mr. Waterman obtained alternative employment as a part-time insurance salesman.

III. Procedural History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021*

[109] After a summary trial, Goepel J. found that IBM breached Mr. Waterman's employment contract by failing to provide him with reasonable

à recevoir ses prestations à l'âge de 71 ans, peu importe qu'il ait été congédié ou qu'il ait pris sa retraite, ce qui, selon les parties, était nécessaire pour que le régime soit conforme aux règlements de l'impôt sur le revenu. Au moment où IBM a congédié M. Waterman, la somme que ce dernier devait recevoir chaque mois à partir du moment où il devenait admissible était déjà calculée depuis de nombreuses années.

[106] IBM a congédié M. Waterman au mois de mars 2009. Elle lui a donné un préavis de deux mois, après quoi elle le considérerait à la retraite et commencerait à lui verser des prestations de retraite. Le juge de première instance a conclu, et personne ne le conteste maintenant, qu'IBM avait l'obligation de donner à M. Waterman un préavis supplémentaire de 18 mois.

[107] La lettre de congédiement offrait également à M. Waterman une indemnité de cessation d'emploi en échange d'une décharge de toute responsabilité. Comme je l'explique plus loin, l'offre de cessation d'emploi aurait accordé à M. Waterman davantage que ce qu'il aurait reçu si on lui avait donné un préavis complet de 20 mois et s'il avait travaillé pendant toute la durée du préavis. M. Waterman a refusé l'offre de cessation d'emploi d'IBM. Il a continué à travailler pour IBM pendant la période de préavis de deux mois qu'il avait reçu et il a commencé par la suite à toucher des prestations de retraite mensuelles d'IBM. Le 11 juin 2009, M. Waterman a introduit la présente action en vue de faire reconnaître son droit contractuel à un préavis de congédiement raisonnable.

[108] En septembre 2009, M. Waterman a obtenu un autre emploi comme vendeur d'assurance à temps partiel.

III. Historique procédural

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021*

[109] Au terme d'un procès sommaire, le juge Goepel a conclu qu'IBM avait violé le contrat de travail de M. Waterman en ne lui donnant pas

notice. Goepel J. held that IBM was required to provide Mr. Waterman with an additional 18 months of notice beyond the two months that had been provided. As a result, Mr. Waterman was entitled to the salary he would have earned and benefits he would have accrued if he had continued to work for IBM during that time.

[110] Goepel J. did not deduct the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman during the notice period in calculating his damages. Goepel J. expressed the view that he was bound by the Court of Appeal for British Columbia's decision in *Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1, in which it was held that pension benefits should not be deducted from wrongful dismissal damages. He acknowledged the possibility that *Girling* was no longer an accurate statement of the law in light of this Court's decision in *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315, but found it incumbent upon him to follow *Girling* for reasons of judicial comity.

[111] Based on this reasoning, Goepel J. awarded Mr. Waterman \$93,305 in damages, which reflected the salary and benefits he would have earned if he had worked through the additional 18 months of notice, less the income earned from his new employment during that period.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241*

[112] Writing for a unanimous panel, Prowse J.A. dismissed IBM's appeal.

[113] Prowse J.A. observed that the approach the Court of Appeal had previously taken in *Girling* was rejected by this Court's decision in *Sylvester*. In particular, *Sylvester* rejected the Court of Appeal for British Columbia's approach of treating agreements for employee benefits as contracts distinct from the

un préavis raisonnable. Le juge Goepel a estimé qu'IBM avait l'obligation de donner à M. Waterman un préavis de 18 mois en plus de celui qu'il avait reçu. M. Waterman avait par conséquent droit au salaire qu'il aurait gagné et aux prestations qu'il aurait accumulées s'il avait continué à travailler pour IBM pendant cette période.

[110] Dans son calcul des dommages-intérêts, le juge Goepel n'a pas déduit les prestations de retraite qu'IBM avait versées à M. Waterman au cours de la période de préavis. Le juge Goepel s'est dit d'avis qu'il était lié par la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1, dans laquelle il avait été jugé que les prestations de retraite ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Le juge a admis la possibilité que l'arrêt *Girling* ne représente plus un énoncé exact de l'état du droit, compte tenu de l'arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315, de notre Cour, mais a conclu que, pour des raisons de courtoisie judiciaire, il se devait d'appliquer l'arrêt *Girling*.

[111] S'appuyant sur ce raisonnement, le juge Goepel a accordé à M. Waterman 93 305 \$ en dommages-intérêts, ce qui correspondait au salaire et aux prestations que M. Waterman aurait reçus s'il avait travaillé pendant toute la période du préavis de 18 mois supplémentaires, déduction faite du revenu tiré de son nouvel emploi au cours de la même période.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241*

[112] S'exprimant au nom d'une formation unanime, la juge Prowse a rejeté l'appel interjeté par IBM.

[113] La juge Prowse a fait observer que la démarche suivie par la Cour d'appel dans l'arrêt *Girling* avait été écartée par notre Cour dans l'arrêt *Sylvester*. En particulier, cet arrêt avait rejeté la méthode de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique consistant à considérer les ententes

employment contract. According to Prowse J.A., under *Sylvester*, Mr. Waterman's entitlement to both salary and payment of his pension benefits during the notice period turned on the construction of the contractual arrangement between the parties.

[114] After reviewing the terms of Mr. Waterman's employment contract and IBM's defined benefit plan, Prowse J.A. found that there was no express provision addressing Mr. Waterman's rights in the event of wrongful dismissal. Prowse J.A. turned to consider what the parties would have intended had they put their minds to that circumstance. She concluded that, although there was no evidence regarding the parties' intention, had they considered the issue, they would not have intended for Mr. Waterman's pension benefits to be deducted from wrongful dismissal damages.

[115] Prowse J.A. also concluded, at para. 62, that "the pension benefits in issue are also properly characterized as a form of non-deductible, non-indemnity insurance", as described by McLachlin J., as she then was, in *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359.

IV. Issue

[116] The only issue before this Court is whether the pension benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period should have been deducted in calculating his damages.

V. Analysis

[117] My analysis proceeds in two stages. First, I consider whether it is necessary to deduct the pension benefits Mr. Waterman received during the reasonable notice period in order to put him in the position he would have been in had the contract

portant sur les prestations d'employé comme des contrats distincts du contrat de travail. La juge Prowse s'est dite d'avis que, selon l'arrêt *Sylvester*, le droit de M. Waterman à son salaire et au versement de prestations de retraite pendant la période de préavis dépendait de l'interprétation que l'on faisait de l'entente contractuelle intervenue entre les parties.

[114] Après avoir examiné les modalités du contrat de travail et du régime de retraite à prestations déterminées de M. Waterman, la juge Prowse a conclu que les droits de M. Waterman en cas de congédiement injustifié n'y étaient pas expressément définis. La juge Prowse a ensuite examiné l'intention qu'auraient eue les parties si elles s'étaient arrêtées à la situation. Elle a conclu que, malgré l'absence d'éléments de preuve concernant l'intention des parties, ces dernières n'auraient pas voulu, si elles s'étaient penchées sur la question, que les prestations de retraite de M. Waterman soient déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

[115] La juge Prowse a également conclu, au par. 62, que [TRADUCTION] « les prestations de retraite en litige sont également qualifiées à juste titre de prestations d'assurance non déductibles et non indemnitaires », pour reprendre les qualificatifs employés par la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359.

IV. Question en litige

[116] La seule question en litige devant notre Cour est de savoir si les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable auraient dû être déduites lors du calcul de ses dommages-intérêts.

V. Analyse

[117] Mon analyse comporte deux étapes. Premièrement, je détermine s'il est nécessaire de déduire les prestations de retraite que M. Waterman a touchées au cours de la période de préavis raisonnable afin de remettre M. Waterman dans

been performed — i.e. had he been given reasonable notice and worked through the end of the reasonable notice period. Second, I consider whether there is a basis for applying the private insurance exception, which allows a plaintiff to receive excess compensation in certain circumstances. I conclude that, to put Mr. Waterman in the position he would have been in had the contract been performed, the pension benefits he received must be deducted. The private insurance exception is not applicable to this case.

A. *Contract Damages for Wrongful Dismissal*

[118] The governing principle for damages upon breach of contract is that the non-breaching party should be provided with the financial equivalent of performance (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 871). With respect to wrongful dismissal, damages should “represent the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period, less any amounts credited to mitigation” (*Sylvester*, at para. 1). I agree with the majority that applying this rule leads to the deduction of the pension benefits in this case.

[119] In *Sylvester*, this Court considered whether disability benefits received by a wrongfully terminated employee during his reasonable notice period should be deducted from damages for wrongful dismissal. Major J., writing for a unanimous Court, held that deduction was required. He explained that employer-provided benefits should not be considered as “distinct from the employment contract, but rather as integral components of it” (para. 13). As such, “[t]he question of deductibility . . . turn[ed] on the terms of the employment contract and the intention of the parties” (para. 12).

la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté — c.-à-d. s’il avait reçu un préavis raisonnable et s’il avait travaillé pendant toute la durée de la période du préavis raisonnable. Deuxièmement, je détermine s’il y a lieu d’appliquer l’exception relative à l’assurance privée, laquelle permet au demandeur de recevoir une indemnisation excédentaire dans certaines circonstances. Je conclus qu’il faut déduire les prestations de retraite que M. Waterman a touchées afin de remettre celui-ci dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. L’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas en l’espèce.

A. *Dommages-intérêts contractuels pour congédiement injustifié*

[118] Selon le principe applicable en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat, la partie non fautive devrait recevoir l’équivalent matériel de la prestation qu’elle aurait obtenue si le contrat avait été respecté (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 871). Les dommages-intérêts pour congédiement injustifié devraient « représente[r] le salaire que l’employé aurait gagné s’il avait travaillé au cours de la période visée par le préavis, déduction faite de toute somme devant être affectée à la limitation des dommages » (*Sylvester*, par. 1). Je conviens avec les juges majoritaires que l’application de cette règle mène en l’espèce à la déduction des prestations de retraite.

[119] Dans *Sylvester*, notre Cour a examiné la question de savoir si les prestations d’invalidité qu’un employé congédié injustement avait reçues pendant la période visée par le préavis raisonnable devaient être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. S’exprimant au nom d’une Cour unanime, le juge Major a estimé qu’il fallait déduire ce montant. Il a expliqué que les prestations versées par l’employeur ne devaient pas être considérées comme des contrats « distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci » (par. 13). Ainsi, « [l]a question de la déductibilité repos[ait] [. . .] sur les modalités du contrat de travail et sur l’intention des parties » (par. 12).

[120] Major J. went on to explain that damages for wrongful dismissal were “based on the premise that the employee would have worked during the notice period” (para. 15). The employee’s “contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits [were] based on opposite assumptions about his ability to work and it [was] incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts” (para. 17). Based on this analysis, Major J. concluded: “It makes no sense to pay damages based on the assumption that [the plaintiff] would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work” (para. 17).

[121] It follows from a straightforward application of *Sylvester* that deduction is required in this case. In particular, Mr. Waterman’s wrongful dismissal damages must be “based on the premise that the employee would have worked during the notice period” (*Sylvester*, at para. 15). Under the terms of Mr. Waterman’s employment contract, he would have been eligible to receive pension benefits *only* upon being terminated or retiring. Therefore, as in *Sylvester*, Mr. Waterman’s contractual right to wrongful dismissal damages and his contractual right to his pension are based on “opposite assumptions” about his availability to work (para. 17). It thus “makes no sense” to pay damages on the assumption that he could have earned both (*ibid.*).

[122] This conclusion is necessitated by the nature of the pension plan at issue in this case — a defined benefit plan. This plan is materially different from a defined *contribution* plan, and the distinction between these two types of pension plans is at the heart of my disagreement with the majority.

[123] A defined contribution plan “operates in much the same way as group registered retirement savings plans”, in that it provides an employee with

[120] Le juge Major a ensuite expliqué que les dommages-intérêts pour congédiement injustifié étaient « fondés sur la prémisse que l’employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis » (par. 15). « Le droit contractuel de [l’employé] de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d’invalidité [reposaient] sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il [était] incompatible avec le contrat de travail que l’intimé puisse toucher ces deux sommes d’argent » (par. 17). S’appuyant sur cette analyse, le juge Major a conclu : « Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que [le demandeur] aurait travaillé, en sus de prestations d’invalidité découlant d’un droit qui n’a pris naissance que parce qu’il ne pouvait pas travailler » (par. 17).

[121] Une simple application de l’arrêt *Sylvester* permet d’affirmer que la déduction s’impose en l’espèce. En particulier, les dommages-intérêts accordés à M. Waterman pour congédiement injustifié doivent être « fondés sur la prémisse que l’employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis » (*Sylvester*, par. 15). Selon les modalités de son contrat de travail, M. Waterman aurait été admissible à des prestations de retraite *uniquement* à la suite de son congédiement ou de sa retraite. Par conséquent, tout comme dans l’affaire *Sylvester*, le droit contractuel de M. Waterman à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations de retraite reposent sur « des hypothèses opposées » en ce qui concerne la possibilité qu’il puisse travailler (par. 17). Il serait donc « illogique » de lui verser des dommages-intérêts en supposant qu’il aurait pu recevoir les deux montants (*ibid.*).

[122] Cette conclusion découle de la nature du régime de retraite en litige dans la présente affaire — un régime à prestations déterminées. Ce régime se distingue sensiblement d’un régime à *cotisations* déterminées, et la distinction entre ces deux types de régimes de retraite se situe au cœur de mon désaccord avec la majorité.

[123] Un régime de retraite à cotisations déterminées [TRADUCTION] « ressemble beaucoup à un régime enregistré d’épargne-retraite collectif », en

a finite total amount or lump sum of retirement benefits (A. Kaplan and M. Frazer, *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 89). It would be inappropriate to deduct pension benefits that a wrongfully terminated employee receives from a defined contribution plan because deduction would leave the employee in a worse position that he would have been in had his employment contract not been breached.

[124] In particular, in the case of a defined contribution plan, if the employee's employment contract is performed (i.e. he is given reasonable working notice of his termination and he continues to work through the notice period), he would expect to receive his salary through the notice period and the full lump sum he would have accrued in his savings account or defined contribution plan by the end of the reasonable notice period, including whatever additions should have been made to the plan during that notice period. If, instead, the employee is wrongfully dismissed and draws benefits from his finite lump sum during the reasonable notice period, deducting the pension benefits would leave the employee with an amount equal to his salary through the notice period and the lump sum, less the amount he had withdrawn during the notice period. He would thus be awarded *less* than he was entitled to under his employment contract.

[125] Throughout Mr. Waterman's argument before this Court, he has made submissions that his pension operates like a savings account. He is not alone in this respect. The Court of Appeal, at para. 48, quoted with approval language from Kent J. in *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), that pension payments should be viewed "as akin to a registered Retirement Savings Plan" (para. 4).

[126] The majority too accepts the analogy. It holds that "[p]ension benefits . . . constitute a type of retirement savings" (para. 4; see also para. 85).

ce qu'il permet à l'employé de recevoir en prestations de retraite un montant total ou un « montant forfaitaire » déterminé (A. Kaplan et M. Frazer, *Pension Law* (2^e éd. 2013), p. 89). Il ne conviendrait pas que l'on déduise les prestations de retraite que l'employé congédié injustement a retirées d'un régime de retraite à cotisations déterminées parce que la déduction placerait l'employé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé si son contrat de travail avait été respecté.

[124] En particulier, dans le cas d'un régime de retraite à cotisations déterminées, si le contrat de travail de l'employé est respecté (c.-à-d. qu'il a reçu un préavis de congédiement raisonnable et continue de travailler pendant toute la période du préavis), l'employé s'attendrait à toucher son salaire pendant toute la durée du préavis ainsi que le plein montant forfaitaire qu'il aurait accumulé dans son compte d'épargne ou dans son régime de retraite à cotisations déterminées à l'expiration de la période de préavis raisonnable, y compris toute cotisation versée au régime pendant la période de préavis. Par contre, si, pendant la période de préavis raisonnable, l'employé congédié injustement retire des prestations de ce montant forfaitaire déterminé, la déduction des prestations de pension ferait en sorte qu'il se retrouverait avec un montant égal au salaire gagné au cours de la période de préavis et le montant forfaitaire, diminué de la somme qu'il aurait retirée au cours de la période du préavis. Il obtiendrait ainsi *moins* que ce à quoi il avait droit en vertu de son contrat de travail.

[125] Tout au long de son argumentation devant notre Cour, M. Waterman a plaidé que son régime de retraite s'apparente à un compte d'épargne. Il n'est pas le seul à l'affirmer. La Cour d'appel a cité et approuvé, au par. 48, les propos tenus par le juge Kent dans *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (C.J. Ont. (Div. gén.)), selon lesquels les prestations de retraite devraient être considérées comme [TRADUCTION] « semblables à un régime enregistré d'épargne-retraite » (par. 4).

[126] Les juges majoritaires acceptent également l'analogie. Ils affirment que « [l]es prestations de retraite [. . .] constituent un type d'épargne-retraite »

It quotes, with emphasis, the following language from J. M. Perillo, “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, at p. 706:

Suppose an employer fires an employee without justification, breaching a contract of employment, and the employee turns to his or her savings account for living expenses. No one would argue that the employee’s recovery against the employer should be diminished by the employee’s withdrawals from savings. The savings account is a collateral source. To the extent that another collateral source resembles a savings account, the plaintiff should be able to recover damages without a deduction for the amount received from the collateral source. [Emphasis added by Cromwell J.; para. 85.]

These references may wrongly suggest that Mr. Waterman’s pension benefits came from a finite account and thus came at a cost to him. If Mr. Waterman had needed to draw from his own savings due to his wrongful dismissal, the amount he withdrew would have to be reflected in the damages award in order to put him in the position he would have been in had the contract been performed. However, analogizing Mr. Waterman’s pension to a savings account misconceives the nature of the defined benefit pension plan at issue in this case.

[127] Unlike a defined contribution plan, the defined benefit plan at issue in this case is fundamentally different from a savings account. The defined benefit plan did not provide Mr. Waterman with a finite lump sum that was partially depleted by the pension funds he received during his reasonable notice period. Rather, the plan guaranteed him fixed predetermined payments upon retirement for as long as he would live. For that reason, deducting Mr. Waterman’s pension benefits in this case does not have the effect of “taking away” benefits that he would have been entitled to had IBM not breached the contract. On the contrary, deducting provides him with exactly what he would have received had the employment contract been performed: an amount equal to his salary during the reasonable

(par. 4; voir aussi par. 85). Ils citent l’extrait suivant de l’article de J. M. Perillo, « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, p. 706, dont ils soulignent un passage :

[TRADUCTION] Supposons qu’un employeur congédie un employé sans justification, qu’il rompt le contrat d’emploi, et que l’employé utilise ses épargnes pour couvrir ses frais de subsistance. Personne n’irait prétendre que les montants retirés du compte d’épargne de l’employé devraient être déduits de la réparation payée à l’employé par l’employeur. Le compte d’épargne est une source parallèle. Dans la mesure où une autre source parallèle ressemble à un compte d’épargne, le demandeur devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts sans que le montant provenant de la source parallèle ne soit déduit. [Souligné par le juge Cromwell; par. 85.]

Ces mentions peuvent laisser croire à tort que M. Waterman a touché des prestations de retraite à même un compte déterminé, et ce, à ses propres frais. Si M. Waterman avait dû puiser dans son propre compte d’épargne à la suite de son congédiement injustifié, la somme retirée aurait dû être incluse dans les dommages-intérêts accordés afin que celui-ci soit rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Toutefois, cette analogie entre la pension de M. Waterman et un compte d’épargne néglige la nature du régime de retraite à prestations déterminées en cause dans la présente affaire.

[127] Contrairement à un régime de retraite à cotisations déterminées, le régime de retraite à prestations déterminées en cause diffère fondamentalement d’un compte d’épargne. Le régime de retraite à prestations déterminées n’assurait pas à M. Waterman un montant forfaitaire déterminé qui était partiellement entamé par les prestations de retraite qu’il a reçues au cours de la période de préavis raisonnable. Le régime de retraite lui garantissait plutôt des paiements prédéterminés fixes à compter de sa retraite, et ce, sa vie durant. Pour cette raison, le fait de déduire les prestations de retraite de M. Waterman dans le cas qui nous occupe n’a pas pour effet de le « priver » des prestations auxquelles il aurait eu droit si IBM n’avait pas violé le contrat. Au contraire, la déduction de ces sommes

notice period and thereafter defined benefits for the rest of his life.

[128] The different outcome in the cases of defined benefit and defined contribution plans turns on a straightforward application of the governing principle of contract damages — that the non-breaching party should be placed in the same position he would have been in had the contract been performed. It has nothing to do with the collateral benefit, compensating advantages or private insurance exception. As my colleague correctly observes, those exceptions are relevant only where the plaintiff experiences “excess recovery” (para. 23). However, as the analysis above demonstrates, there is no excess recovery when pension benefits received from a *defined contribution plan* are not deducted or where benefits received from a *defined benefit plan* are deducted. In each case, the result is to put the employee in the position he would have been in had the contract been performed.

[129] At the time Mr. Waterman was wrongfully dismissed, the amount of pension benefits he was to receive upon retirement had already been determined for some time and could not have gone up if he had continued to work for IBM. If Mr. Waterman’s pension benefits could have increased during the notice period, his wrongful dismissal damages would have compensated for this loss. However, in this case, Mr. Waterman’s wrongful dismissal had no impact on his pension entitlement and, as the parties agree, there is no need to make adjustments to his damage awards based on pension entitlements that would have accrued had he worked through the reasonable notice period.

[130] The majority states that the fact that Mr. Waterman’s pension comes from a defined

lui permet de recevoir exactement ce qu’il aurait reçu si le contrat de travail avait été respecté, soit un montant égal à son salaire au cours de la période de préavis raisonnable et, par la suite, des prestations déterminées sa vie durant.

[128] L’issue est différente selon que les affaires concernent un régime de retraite à prestations déterminées ou un régime de retraite à cotisations déterminées en raison de la simple application du principe qui régit les dommages-intérêts contractuels — la partie non fautive doit être rétablie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté. Cela n’a rien à voir avec la prestation parallèle, avec l’avantage compensatoire ni avec l’exception relative à l’assurance privée. Comme le souligne à juste titre mon collègue, ces exceptions ne sont pertinentes que dans le cas d’une « indemnisation excédentaire » (par. 23). Or, comme le montre l’analyse qui précède, la question d’une indemnisation excédentaire ne se pose pas *en l’absence* d’une déduction des prestations de retraite reçues d’un *régime à cotisations déterminées* ou *en présence* d’une déduction des prestations reçues d’un *régime à prestations déterminées*. Dans les deux cas, l’employé est rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté.

[129] Au moment du congédiement injustifié, le montant des prestations de retraite que M. Waterman devait toucher en prenant sa retraite était déjà calculé depuis un certain temps et n’aurait pas augmenté si celui-ci avait continué à travailler pour IBM. Si les prestations de retraite de M. Waterman avaient pu augmenter pendant la période de préavis, les dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié auraient indemnisé celui-ci de la perte subie. Or, en l’espèce, le congédiement injustifié de M. Waterman n’a eu aucune incidence sur son droit aux prestations de retraite. Comme les parties l’ont reconnu, il n’est pas nécessaire de rajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour tenir compte d’une augmentation des prestations de retraite si M. Waterman avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable.

[130] Les juges majoritaires affirment que le fait que les prestations de retraite de M. Waterman

benefit plan does not change its nature as a contributory, non-indemnity benefit (paras. 63 and 68). However, the nature of the benefit as non-indemnity or contributory does not answer the question of whether the plaintiff will be provided with the financial equivalence of performance or will receive excess recovery. With respect, the majority reasons conflate the analysis of contract damages for wrongful dismissal with what considerations should apply with respect to the private insurance exception to contract damages. Under the governing principle of contract damages, the fact that the pension plan at issue is a defined benefit plan leads to the conclusion that the benefits must be deducted from Mr. Waterman's wrongful dismissal damages.

[131] As an aside, not distinguishing between defined benefit and defined contribution plans may also be why the majority's policy concern about making pensionable employees cheaper to dismiss is incorrect. The majority suggests that deducting the benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period would "provide an incentive for employers to dismiss pensionable employees rather than other employees because it will be cheaper to do so". The majority states that "[t]his is not an incentive the law should provide" (para. 93).

[132] This incentive argument is based on a false premise: that deducting pension benefits from reasonable notice damages would make it cheaper to dismiss a pensionable employee than a non-pensionable employee. That is not the case. The pension benefits that Mr. Waterman received during the notice period did not come out of thin air. With a defined benefit pension plan, the employer is solely responsible for providing the employee with the guaranteed defined benefits. In the event

proviennent d'un régime à prestations déterminées ne change rien à leur nature contributive et non indemnitaire (par. 63 et 68). La nature des prestations n'offre cependant pas de réponse à la question de savoir si le demandeur recevra l'équivalent matériel de la prestation qu'il aurait obtenue si le contrat avait été respecté ou s'il recevra une indemnisation excédentaire. Avec égards, les motifs de la majorité confondent l'analyse relative aux dommages-intérêts contractuels accordés pour congédiement injustifié et les considérations devant s'appliquer à l'égard de l'exception relative à l'assurance privée dans les cas de dommages-intérêts contractuels. Suivant le principe applicable en matière de dommages-intérêts contractuels, le fait que le régime de retraite en litige soit un régime à prestations déterminées permet de conclure que les prestations de retraite reçues doivent être déduites des dommages-intérêts accordés à M. Waterman pour congédiement injustifié.

[131] En passant, l'absence de distinction entre le régime à prestations déterminées et le régime à cotisations déterminées peut aussi expliquer le caractère erroné de la préoccupation de principe évoquée par les juges majoritaires au sujet des employeurs qui seraient incités à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension. Selon les juges majoritaires, la déduction des prestations payées par IBM à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable aurait pour effet « d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres ». Les juges majoritaires affirment : « Il ne s'agit pas là d'un facteur d'incitation que la loi devrait favoriser » (par. 93).

[132] Cet argument relatif au facteur d'incitation repose sur une fausse prémisse, à savoir que la déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts accordés relativement à la période de préavis raisonnable ferait en sorte qu'il serait moins onéreux, pour les employeurs, de congédier les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Tel n'est pas le cas. Les prestations de retraite que M. Waterman a touchées pendant la période de préavis ne sont pas

the payment of the defined benefits results in an actuarial deficit in the pension fund, the employer will be required to top up the fund to meet its statutory obligation to keep it fully funded. Alternatively, if the fund is operating at an actuarial surplus despite payment of the benefits, the contribution holiday that the employer may otherwise be able to take — i.e. the break from its regular contributions to the pension fund — would be reduced. In this way, withdrawal of the benefits from the pension fund, like any other payment, affects the employer's bottom line.

[133] The majority alleges that this analysis is an oversimplification and is inaccurate (para. 94). This assertion seems to misunderstand the impact of IBM having paid pension benefits to Mr. Waterman. The analysis has nothing to do with funding the benefits over time. Rather, the analysis is simply how the pension benefits paid by IBM impacted IBM's obligation to ensure the actuarial solvency of the pension fund, such that it would be necessary to either top up the pension fund or to refrain from taking a contribution holiday to the extent of those pension benefit payments.

[134] It follows that, with respect to the cost of dismissing pensionable and non-pensionable employees, there is a difference only in form, not substance. That is to say, in the case of an employee who is not eligible to receive his defined pension benefits, the employer compensates a dismissed employee by paying him damages equal to the salary he would have earned during the reasonable notice period. In the case of an employee who is eligible to receive his defined pension benefits, the employer pays: (1) pension benefits from the employer's pension fund, which it is responsible for maintaining, and (2) damages equal to the salary the employee would have earned during the notice period less what it has already paid from the pension

sorties de nulle part. Dans le cadre d'un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur a l'entière responsabilité de verser aux employés les prestations déterminées garanties. Advenant que le versement des prestations déterminées donne lieu à un déficit actuariel de la caisse de retraite, l'employeur sera tenu de renflouer la caisse afin de remplir son obligation légale de la maintenir intégralement capitalisée. Par contre, si la caisse de retraite présente un excédent actuariel malgré le versement des prestations, la période d'exonération de cotisations dont l'employeur peut par ailleurs bénéficier — c.-à-d. la période durant laquelle il n'a pas à verser régulièrement des cotisations à la caisse de retraite — sera réduite. Ainsi, le retrait des prestations de la caisse de retraite, comme tout autre paiement, a une incidence sur le résultat net de l'employeur.

[133] Selon les juges majoritaires, cette analyse repose sur une simplification fort excessive et inexacte (par. 94). Ils semblent avoir mal compris l'incidence du versement, par IBM, des prestations de retraite à M. Waterman. L'analyse n'a rien à voir avec le financement des prestations au fil du temps. Elle porte plutôt simplement sur l'incidence du versement des prestations de retraite sur l'obligation d'IBM de garantir la solvabilité actuarielle de la caisse de retraite, de sorte qu'il serait nécessaire de renflouer la caisse de retraite ou de renoncer à bénéficier d'une exonération de contributions correspondant aux prestations de retraite versées.

[134] Il s'ensuit que la différence entre le coût lié au congédiement des employés admissibles à la pension et le coût lié au congédiement des employés non admissibles est une question de forme seulement et non de fond. Autrement dit, dans le cas de l'employé qui n'est pas admissible aux prestations de retraite déterminées, l'employeur indemnise l'employé congédié en lui versant des dommages-intérêts équivalents au salaire qu'il aurait gagné au cours de la période de préavis raisonnable. Dans le cas de l'employé admissible à toucher ses prestations de retraite déterminées, l'employeur paie à la fois : (1) les prestations de retraite provenant de la caisse de retraite de l'employeur, une caisse qu'il a l'obligation de

fund. In both cases, the cost to the employer is the same: an amount equal to the salary the employee would have earned had he worked through the reasonable notice period. There is thus no incentive to terminate pensionable employees.

[135] The majority emphasizes Mr. Waterman’s “specific and enforceable rights” in relation to his pension (para. 85). It is not disputed that Mr. Waterman’s pension benefits are vested and that this gives him specific and enforceable rights. However, his specific and enforceable rights remain subject to the provisions of the plan text which govern the conditions under which benefits will be paid. As a result, even though Mr. Waterman’s pension plan had vested, he could not have demanded to receive both his salary and his pension benefits had he continued to work for IBM through the reasonable notice period.

B. Applicability of the Private Insurance Exception

[136] The majority agrees that putting Mr. Waterman in the position he would have been in had the contract been performed would lead to the conclusion that the pension benefits must be deducted (para. 2). According to the majority, however, the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman under his employment contract on the assumption that he was retired may be treated as a “private insurance” and, thus, need not be deducted under the private insurance exception. I disagree with that conclusion. In my view, the private insurance exception has no applicability to this case.

[137] This case involves the interpretation of a single employment contract that gives rise to

maintenir, et (2) les dommages-intérêts équivalents au salaire que l’employé aurait gagné au cours de la période de préavis, déduction faite de ce qu’il a déjà payé à même la caisse de retraite. Dans les deux cas, le coût supporté par l’employeur est le même : le montant équivaut au salaire que l’employé aurait gagné s’il avait travaillé pendant toute la période de préavis raisonnable. Il n’y a ainsi rien qui incite l’employeur à congédier les employés admissibles à la pension.

[135] Les juges majoritaires mettent l’accent sur l’existence des « droits spécifiques et exécutoires » de M. Waterman relativement à sa pension (par. 85). Il n’est pas contesté que M. Waterman a acquis le droit aux prestations de retraite, ce qui lui confère des droits spécifiques et exécutoires. Toutefois, ses droits spécifiques et exécutoires demeurent assujettis aux dispositions du régime qui régissent les conditions auxquelles les prestations sont versées. Par conséquent, même s’il avait acquis des droits à son régime de retraite, M. Waterman n’aurait pas pu demander de toucher à la fois son salaire et ses prestations de retraite s’il avait continué à travailler pour IBM au cours de la période de préavis raisonnable.

B. Applicabilité de l’exception relative à l’assurance privée

[136] Les juges majoritaires acceptent que le fait de remettre M. Waterman dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté permettrait de conclure que les prestations de retraite doivent être déduites (par. 2). Toutefois, ils affirment que les prestations de retraite qu’IBM a versées à M. Waterman aux termes de son contrat de travail, en tenant pour acquis que celui-ci avait pris sa retraite, peuvent être considérées comme des prestations d’« assurance privée » et qu’il n’est donc pas nécessaire de déduire ces prestations en vertu de l’exception relative à l’assurance privée. Je ne suis pas d’accord avec cette conclusion. J’estime que l’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas en l’espèce.

[137] La présente affaire porte sur l’interprétation d’un seul contrat de travail qui donne lieu au

Mr. Waterman’s right to wrongful dismissal damages and his right to pension benefits. This Court has determined that employer-provided benefits “should not be considered contracts which are distinct from the employment contract, but rather as integral components of it” (*Sylvester*, at para. 13). The majority is correct that the words “‘single contract’ rule” do not literally appear in *Sylvester*, but the reasoning in *Sylvester* can lead to no other conclusion (para. 52).

[138] As I will explain, in the context of a single contract, the collateral benefit or private insurance exception has no application. The reason is straightforward: where the plaintiff’s cause of action and his right to a particular benefit arise from the same contract and the plaintiff is indeed entitled to the benefits — i.e. he has “insured” himself in a manner that requires the defendant to pay the benefits — then the plaintiff will receive the benefits based on the ordinary governing principle that he should be placed in the position he would have been in had the contract been performed. There will be no need to reach the collateral benefit exception.

[139] Said another way, given that Mr. Waterman’s pension flows from the same contract under which the court must assess his loss, the need to reach the private insurance exception is itself a concession that Mr. Waterman’s pension was not “private insurance” that covered the breach in the first place. If he had “insured” the breach, he would get the benefits under the governing principle that he should be provided with what he would have expected to receive under the terms of the contract.

[140] For this reason, the majority’s approach to this case contains an inherent inconsistency: the majority concludes that Mr. Waterman had “private insurance” that allows him to keep his pension benefits in addition to his salary. To the extent Mr. Waterman had such “private insurance”, it must

droit de M. Waterman à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et à son droit à des prestations de retraite. Notre Cour a statué que les prestations versées par l’employeur « ne devraient pas être considéré[e]s comme des contrats distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci » (*Sylvester*, par. 13). Les juges majoritaires affirment avec justesse que l’expression « règle [. . .] du “contrat unique” » ne figure pas littéralement dans *Sylvester*, mais le raisonnement formulé dans cet arrêt ne peut mener qu’à cette conclusion (par. 52).

[138] Comme je l’expliquerai plus loin, dans le contexte d’un contrat unique, la prestation parallèle ou l’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas. La raison est simple : si la cause d’action du demandeur et son droit à des prestations particulières découlent du même contrat et que le demandeur a effectivement droit à ces prestations — c.-à-d. il avait « souscrit une assurance » de sorte que le défendeur est tenu de verser les prestations — le demandeur touchera alors ces prestations en raison du principe ordinaire applicable suivant lequel il devrait être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Il ne sera pas nécessaire d’invoquer l’exception relative à la prestation parallèle.

[139] En d’autres mots, vu que la pension de M. Waterman découle du même contrat aux termes duquel la cour doit évaluer la perte que celui-ci a subie, la nécessité d’invoquer l’exception relative à l’assurance privée revient à admettre que la pension de M. Waterman ne constituait pas une « assurance privée » qui couvrait au départ la violation de contrat. S’il avait « souscrit une assurance » couvrant la violation, M. Waterman obtiendrait les prestations afférentes suivant le principe général applicable voulant qu’il obtienne ce à quoi il se serait attendu à recevoir aux termes du contrat.

[140] C’est pourquoi l’approche adoptée par les juges majoritaires en l’espèce comporte une contradiction inhérente : ils concluent que M. Waterman bénéficiait d’une « assurance privée » qui lui permet de garder les prestations de retraite en plus de son salaire. Si M. Waterman

have come from his employment contract. However, if Mr. Waterman's employment contract indeed allowed him to have pension benefits in addition to his salary, there would be no need to reach any exception: he would get the benefits based on what he would have expected under the terms of the contract.

[141] In addition to this troubling inconsistency, applying the private insurance exception to this case would not be consistent with the justification for the exception. The rationale for the private insurance exception is that it would be "unjust and unreasonable to hold that the money which he prudently spent on premiums and the benefit from it should enure to the benefit of the tortfeasor" (*Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), *per* Lord Reid, at p. 14). Accepting the assumption that Mr. Waterman's work for IBM over the years is analogous to paying premiums to obtain his pension plan, it remains that the contractual terms of the pension or "insurance" he paid for allowed him to receive salary or pension benefits, but not both at the same time. In other words, this is not a case where deduction would lead to some benefit that the plaintiff paid for enuring to the benefit of the defendant. Quite to the contrary, as explained above, deducting is necessary to provide the plaintiff with the pension or "insurance" he paid for. Not deducting has the effect of the plaintiff receiving more than he expected to receive under the terms of his contract and requiring the defendant to pay more than it agreed to pay.

[142] This distinguishes the case before the court from all other cases in which the private insurance exception has been applied. Each of *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, and *Cunningham* involved a plaintiff who was personally injured by the defendant and, upon being sued, the defendant sought to pay *less* than what it owed under ordinary principles of compensatory damages based on a distinct contractual or statutory benefit that the plaintiff received from a third party.

bénéficiait d'une telle « assurance privée », celle-ci devait découler de son contrat de travail. Toutefois, si le contrat de travail de M. Waterman lui permettait effectivement de toucher à la fois des prestations de retraite et son salaire, il ne serait pas nécessaire d'invoquer une exception. M. Waterman toucherait les prestations visées simplement en obtenant ce à quoi il se serait attendu aux termes du contrat.

[141] Outre cette contradiction troublante, l'application de l'exception relative à l'assurance privée en l'espèce serait contraire à sa raison d'être, à savoir qu'il serait [TRADUCTION] « injuste et abusif de statuer que les sommes qu'il a prudemment consacrées au paiement des primes et des avantages qui en découlent profitent à l'auteur du délit » (*Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), lord Reid, p. 14). Si l'on accepte l'hypothèse qu'en travaillant pour IBM au fil des ans, M. Waterman a payé des primes pour obtenir son régime de retraite, il n'en demeure pas moins que les termes du contrat relatif à la pension ou à l'« assurance » qu'il a payée lui a permis de toucher un salaire ou des prestations de retraite, mais pas les deux à la fois. En d'autres mots, il ne s'agit pas d'un cas où la déduction donne lieu à un certain avantage pour lequel le demandeur a payé et qui profite au défendeur. Bien au contraire, comme je l'ai déjà expliqué, la déduction est nécessaire afin que le demandeur bénéficie de la pension ou de l'« assurance » pour laquelle il a payé. La non-déduction fait en sorte que le demandeur obtient plus que ce qu'il s'attendait à recevoir aux termes de son contrat et que le défendeur paye plus que ce qu'il avait accepté de payer.

[142] C'est ce qui distingue l'affaire qui nous occupe de toutes les autres affaires dans lesquelles l'exception relative à l'assurance privée a été appliquée. Dans les affaires *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, et *Cunningham*, les défendeurs qui avaient causé un préjudice aux demandeurs et qui étaient poursuivis cherchaient à payer *moins* que ce qu'ils devaient suivant les principes ordinaires en matière de dommages-intérêts compensatoires, parce que les demandeurs avaient reçu de tiers des prestations distinctes aux termes d'un contrat ou de la loi.

[143] Similarly, *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812, involved a wrongful dismissal suit, in which the employer sought to have its damages reduced based on the employee's distinct statutory entitlement to unemployment benefits. Contrary to the majority's assertion that the benefits were derived from the employment contract, the source of the benefits was a *third party* — the government. As with *Guy, Gill*, and *Cunningham*, *Jack Cewe* was not a case in which the plaintiff's cause of action and the benefit he received came from a single contract whose terms did not allow the plaintiff to receive both salary and benefits at the same time.

[144] Considered in terms of the justification for the private insurance exception, in each of *Guy, Gill, Cunningham* and *Jack Cewe*, the Court was faced with two choices: (1) not deduct the benefits and thus require the defendant to pay the amount equal to the plaintiff's loss determined by ordinary principles of tort or (in the case of *Jack Cewe*) contract damages, even though the plaintiff would receive more than his actual loss as a result of the benefits he received; or (2) allow the defendant to pay nothing or some amount less than the plaintiff's loss, such that the plaintiff does not get the benefit resulting from the premiums he paid to the third party. The Court decided, consistent with the rationale for the private insurance exception, that the plaintiff — not the defendant — should receive the benefits associated with the premiums he paid.

[145] The choice in this case is very different. The options are to (1) not deduct, requiring the defendant to pay more than it agreed to pay the plaintiff under the terms of the employment contract and awarding the plaintiff more than he bargained for; or (2) deduct, requiring the defendant to pay an amount equal to the plaintiff's loss (i.e. the

[143] De même, l'arrêt *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812, portait sur une poursuite pour congédiement injustifié dans laquelle l'employeur tentait de faire réduire les dommages-intérêts parce que, aux termes de la loi, l'employé était admissible à des prestations d'assurance-chômage. Contrairement à l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle les prestations découlaient du contrat de travail, la source des prestations dans cette affaire était un *tiers*, en l'occurrence le gouvernement. Comme dans les affaires *Guy, Gill* et *Cunningham*, il ne s'agissait pas dans l'affaire *Jack Cewe* d'un cas où la cause d'action du demandeur et les prestations qu'il avait reçues découlaient d'un seul contrat dont les modalités ne permettaient pas à celui-ci de toucher à la fois un salaire et des prestations.

[144] Eu égard à la raison d'être de l'exception relative à l'assurance privée, dans chacune des affaires *Guy, Gill, Cunningham* et *Jack Cewe*, la Cour devait choisir entre deux solutions : (1) ne pas déduire les prestations et obliger ainsi le défendeur à payer au demandeur la somme correspondant à la perte subie, suivant les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle ou (comme dans l'affaire *Jack Cewe*) en matière de dommages-intérêts contractuels, même si le demandeur toucherait davantage que l'équivalent matériel de la perte subie en raison des prestations reçues; ou (2) permettre au défendeur de ne verser aucune indemnité ou de verser une somme moindre que l'équivalent matériel de la perte subie par le demandeur, de sorte que celui-ci ne bénéficie pas des prestations découlant des primes versées à un tiers. La Cour a décidé, conformément à la raison d'être de l'exception relative à l'assurance privée, que le demandeur — et non le défendeur — devrait toucher les prestations découlant des primes qu'il avait payées.

[145] En l'espèce, le choix est tout à fait différent. Les solutions offertes sont (1) ne pas déduire, obligeant ainsi le défendeur à verser une somme plus élevée que celle qu'il avait convenu de verser au demandeur aux termes du contrat de travail, et accordant à ce dernier davantage que ce qu'il a négocié; ou (2) déduire, obligeant ainsi le défendeur

amount required to put the plaintiff in the position he would have been in had the contract been performed) and awarding the plaintiff an amount equal to his loss. In neither case do benefits that the plaintiff actually paid for enure to the defendant. The issue is whether the defendant should be required to pay twice, such that the plaintiff receives more than he bargained for under his contract, or pay once, such that the plaintiff receives exactly what he bargained for under his contract. In my view, the latter is appropriate.

[146] The fact that this case involves a single contract also distinguishes the cases the majority cites, such as *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), and *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), in which employees sued their employers in tort for personal injuries caused by the employer. In each of those cases, the employer sought to pay less than the plaintiff's loss from the injury, according to ordinary tort principles, based on benefits that flowed to the plaintiff from his employment contract. In neither case did the facts before the court establish that it would be inconsistent with the terms of the employment contract for the plaintiff to receive both tort damages and his employment benefits. That is in contrast to this case, where, as described above, Mr. Waterman's contract provided that he could receive salary or pension benefits, but not both.

[147] Further, the choice before the courts in *Price* and *Phillips* was whether to (1) require the defendant to honour both of its legal duties (the legal duty to take reasonable care under tort and the legal duty to pay the plaintiff the amount promised under his employment contract) such that

à verser une somme correspondant à la perte subie par le demandeur (c.-à-d. le montant nécessaire pour que le demandeur soit rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté), et accordant au demandeur une somme équivalente à la perte subie. Dans les deux cas, les prestations pour lesquelles le demandeur a effectivement payé ne profitent pas au défendeur. Il s'agit de déterminer si le défendeur doit être tenu de payer deux fois, de sorte que le demandeur obtienne davantage que ce qu'il a négocié aux termes de son contrat, ou de payer une seule fois, de sorte que le demandeur obtienne exactement ce qu'il a négocié aux termes de son contrat. J'estime que cette dernière solution est la bonne.

[146] L'existence d'un seul contrat en l'espèce permet également d'établir une distinction entre la présente affaire et les décisions citées par les juges majoritaires, notamment, *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), et *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992). Dans ces affaires, des employés victimes de blessures causées par les employeurs ont poursuivi ces derniers en responsabilité délictuelle. Dans chacun de ces cas, l'employeur cherchait à payer moins que la valeur de la perte que la blessure avait causée au demandeur, suivant les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle, du fait des prestations que ce dernier avait reçues aux termes de son contrat de travail. Dans les deux cas, les faits présentés à la cour n'établissaient pas qu'il serait contraire aux termes du contrat de travail que le demandeur obtienne à la fois des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle et ses prestations d'emploi. D'où la distinction d'avec la présente affaire où, comme il est indiqué ci-dessus, le contrat de M. Waterman prévoyait qu'il pouvait toucher son salaire ou des prestations de retraite, mais pas les deux.

[147] En outre, le choix qui s'offrait aux tribunaux saisis des affaires *Price* et *Phillips* consistait (1) soit à exiger du défendeur qu'il respecte ses deux obligations légales (l'obligation d'agir avec diligence raisonnable en matière de responsabilité délictuelle et l'obligation de verser au demandeur

the plaintiff would receive compensation for his loss and the benefits he was entitled to under his employment contract; or (2) allow the defendant to offset the damages for breaching its duty of care using the benefits that it had separately promised the plaintiff in his employment contract, such that those benefits would enure to the defendant. Again, there is no parallel here. This case involves a single legal duty to honour the terms of an employment contract. The terms of that contract provided that Mr. Waterman would receive only his salary during his reasonable notice period.

[148] In sum, I would reject the idea that the private insurance exception is applicable to cases that involve a single contract that is the source of both the plaintiff's cause of action and other benefits. In such circumstances, there is no justification for resorting to the private insurance exception because the plaintiff's entitlement to the benefits is established based on the terms of his contract.

C. *The Majority's Treatment of Sylvester*

[149] The majority has devoted an extensive portion of its reasons in attempting to distinguish this case from *Sylvester* and at the same time attempting to rely on *Sylvester* (paras. 80-98). As I read the majority's reasons with respect to *Sylvester*, they say that, under the ordinary principles of contract damages, *Sylvester* would support the proposition that Mr. Waterman is entitled to both his salary and his pension benefits at the same time (paras. 88-91). Indeed, if *Sylvester* was authority for such a result, it is difficult to understand the majority's resort to the private insurance exception. With respect, the majority's analysis of *Sylvester* is strained. In my respectful opinion, a straightforward reading of *Sylvester* demonstrates that it is a fully applicable authority supporting the proposition that under a single contract of employment, barring contract terminology to the contrary, an individual cannot

le montant promis dans le cadre de son contrat de travail) de sorte que le demandeur obtienne une indemnisation pour la perte subie ainsi que les prestations auxquelles il avait droit aux termes de son contrat de travail; (2) soit à permettre au défendeur de compenser les dommages-intérêts pour manquement à son obligation de diligence à même les prestations qu'il avait promises au demandeur dans le cadre de son contrat de travail, de sorte que ces prestations profitent au défendeur. Là encore, la situation est différente de celle en l'espèce. L'affaire qui nous occupe porte sur la seule obligation juridique de respecter un contrat de travail aux termes duquel M. Waterman ne toucherait que son salaire au cours de la période de préavis raisonnable.

[148] En somme, je rejetterais la thèse selon laquelle l'exception relative à l'assurance privée s'applique aux affaires portant sur un contrat unique à l'origine de la cause d'action du demandeur et d'autres prestations. Dans ces circonstances, rien ne justifie le recours à l'exception relative à l'assurance privée parce que le droit du demandeur aux prestations est établi aux termes de son contrat.

C. *L'interprétation de l'arrêt Sylvester donnée par les juges majoritaires*

[149] Dans une grande partie de leurs motifs, les juges majoritaires ont tenté d'établir une distinction entre l'affaire qui nous occupe et l'arrêt *Sylvester* tout en cherchant à s'appuyer sur cet arrêt (par. 80-98). D'après ce que je comprends de leurs motifs à ce sujet, ils affirment que, selon les principes ordinaires en matière de dommages-intérêts contractuels, l'arrêt *Sylvester* confirmerait la thèse voulant que M. Waterman ait droit à la fois à son salaire et à ses prestations de retraite (par. 88-91). Si l'arrêt *Sylvester* appuie effectivement cette thèse, il est difficile de comprendre pourquoi les juges majoritaires ont recours à l'exception relative à l'assurance privée. En toute déférence, l'analyse que font les juges majoritaires de l'arrêt *Sylvester* est forcée. À mon avis, une interprétation simple de *Sylvester* montre que cet arrêt est tout à fait favorable à la thèse voulant qu'aux termes

receive salary as if he is working and pension benefits as if he is retired. These are opposite, incompatible assumptions. Thus, salary and pension income are not payable at the same time.

D. *Efficient Breach*

[150] My colleague appropriately cautions against speculation about “policy” and the future impact of deduction rules. I would not resolve this case based on policy or speculation. In my view, the case should be resolved based on the terms of the parties’ contract.

[151] Only in response to the majority’s concerns about policy, I point out that while the majority’s conclusion would operate to Mr. Waterman’s benefit in this case, it would do so at the cost of other employees in the future. It is often advantageous for both employers *and* employees to agree to an amount for reasonable notice, rather than having the employee work through the notice period. For instance, in the case of an employer who must terminate an employee, it may be advantageous for the employer to offer the employee at least the amount he would have earned throughout the notice period in order to end the employment relationship immediately. In those circumstances, it will generally also be economically favourable for the employee to accept the offer because he will receive the full salary he would have earned if he worked through the notice period without having to work through the period. He would then be free to earn additional income from alternate employment.

[152] In fact, the record reveals that this was precisely the case here: IBM offered Mr. Waterman a separation agreement that would have provided

d’un contrat de travail unique, sous réserve de dispositions contraires du contrat, une personne ne peut toucher un salaire comme si elle travaillait ainsi que des prestations de retraite comme si elle avait pris sa retraite. Il s’agit là d’hypothèses opposées et incompatibles. Ainsi, le salaire et le revenu de pension ne sont pas payables en même temps.

D. *Inexécution rentable*

[150] Mon collègue fait à juste titre une mise en garde à propos des conjectures relatives aux considérations de « principe » et aux répercussions futures des règles en matière de déduction. Je ne trancherais pas la présente affaire en fonction de considérations de principe ou de conjectures. J’estime qu’il convient de trancher la présente affaire en fonction des modalités du contrat conclu entre les parties.

[151] En réponse seulement aux préoccupations des juges majoritaires relatives aux considérations de principe, je signale que si leur conclusion favorisait M. Waterman en l’espèce, ce serait au détriment d’autres employés à l’avenir. Il est souvent avantageux *autant* pour l’employeur *que* pour l’employé, de s’entendre sur une somme correspondant à la période de préavis raisonnable au lieu de maintenir ce dernier en fonctions pendant cette même période. Par exemple, dans le cas de l’employeur qui doit congédier un employé, il peut être avantageux pour cet employeur d’offrir à l’employé à tout le moins la somme qu’il aurait gagnée pendant toute la période du préavis pour mettre fin à la relation d’emploi immédiatement. Dans ces circonstances, il sera en règle générale également avantageux sur le plan économique pour l’employé d’accepter l’offre de l’employeur, parce qu’il touchera alors le plein salaire qu’il aurait gagné s’il avait travaillé pendant toute la période du préavis, sans avoir pour autant à travailler. L’employé sera alors libre de tirer un revenu supplémentaire d’un autre emploi.

[152] En fait, il ressort du dossier que c’est précisément ce qui s’est produit en l’espèce : IBM a offert à M. Waterman une entente de cessation

him with even more than he would have earned if he had worked through the reasonable notice period. If IBM had provided Mr. Waterman with the additional 18 months of notice to which he was entitled and Mr. Waterman had worked through the entire notice period, he would have earned approximately \$112,000 in salary and accrued benefits. Under the separation offer Mr. Waterman turned down, he would have received an \$80,000 separation payment, plus an additional \$38,000 in pension payments during the 18-month period. He thus would have received approximately \$118,000. In addition, he would have been free to obtain income from alternative employment.

[153] This is an example of efficient breach. This Court has previously described efficient breach and cautioned courts from discouraging such a breach:

Efficient breach is what economists describe as a Pareto optimal outcome where one party may be better off but no one is worse off, or expressed differently, nobody loses. Efficient breach should not be discouraged by the courts. This lack of disapproval emphasizes that a court will usually award money damages for breach of contract equal to the value of the bargain to the plaintiff.

(Bank of America Canada v. Mutual Trust Co., 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 31)

[154] The majority's approach discourages efficient breach in the context of an employer with a defined benefit pension plan who wishes to terminate an employee. This is because, all things equal, the majority approach incentivizes the employer to require the employee to work through the notice period (and avoid paying out the pension benefits) instead of offering the employee a separation package that would be economically superior for the employee. While there are always a number of competing factors that govern whether an employer makes a separation offer and what that offer contains, the majority's approach encourages,

d'emploi qui lui aurait permis d'obtenir davantage que ce qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant toute la période visée par le préavis raisonnable. Si IBM avait accordé à M. Waterman le préavis supplémentaire de 18 mois auquel ce dernier avait droit, et si M. Waterman avait travaillé pendant tout ce temps, il aurait gagné environ 112 000 \$ en salaire et en prestations accumulées. Aux termes de l'offre de cessation d'emploi qu'il a refusée, M. Waterman aurait reçu une indemnité de cessation d'emploi de 80 000 \$, ainsi que 38 000 \$ en prestations de retraite pour la période de préavis de 18 mois. Il aurait donc reçu environ 118 000 \$. De plus, il lui aurait été loisible d'obtenir un revenu d'un autre emploi.

[153] Il s'agit là d'un exemple d'inexécution rentable. Notre Cour a déjà décrit l'inexécution rentable et mis en garde les tribunaux de ne pas décourager une telle inexécution :

L'inexécution rentable correspond à ce que les économistes décrivent comme l'optimum de Pareto : une partie peut être avantagée sans qu'aucune autre ne soit désavantagée; en d'autres termes, personne n'y perd. Les tribunaux ne devraient pas décourager l'inexécution rentable. Cette absence de désapprobation rappelle que les dommages-intérêts pour inexécution contractuelle accordés par les tribunaux équivalent habituellement à la valeur du marché pour le demandeur.

(Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 31)

[154] L'approche retenue par les juges majoritaires décourage l'inexécution rentable dans le contexte d'un employeur qui offre un régime de retraite à prestations déterminées et qui souhaite congédier un employé. En effet, toutes proportions gardées, cette approche incite l'employeur à obliger l'employé à travailler jusqu'à la fin de la période de préavis raisonnable (et lui évite ainsi de verser à l'employé des prestations de retraite) au lieu de présenter une offre de cessation d'emploi financièrement plus avantageuse pour l'employé. Bien que de multiples facteurs opposés régissent souvent la décision de l'employeur de faire une offre

at least to some extent, giving working notice rather than severance.

VI. Conclusion

[155] The pension benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period should be deducted in assessing Mr. Waterman's damages for wrongful dismissal. I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: MacKenzie Fujisawa, Vancouver.

de cessation d'emploi ainsi que le contenu de cette offre, l'approche des juges majoritaires encourage l'employeur, du moins dans une certaine mesure, à donner un préavis plutôt qu'une indemnité de cessation d'emploi.

VI. Conclusion

[155] Les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable devraient être déduites lors du calcul des dommages-intérêts pour congédiement injustifié de M. Waterman. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et le juge ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : MacKenzie Fujisawa, Vancouver.

**Police Constable Kris Wood,
Acting Sergeant Mark Pullbrook and Police
Constable Graham Seguin** *Appellants/
Respondents on cross-appeal*

v.

**Ruth Schaeffer, Evelyn Minty, Diane Pinder
and Ian Scott, Director of the Special
Investigations Unit** *Respondents/Appellants
on cross-appeal*

- and -

**Julian Fantino, Commissioner of the Ontario
Provincial Police** *Respondent/Respondent on
cross-appeal*

and

**Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association,
Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Richard Rosenthal, Chief Civilian
Director of the Independent
Investigations Office of British Columbia,
Urban Alliance on Race Relations,
Canadian Police Association and
Police Association of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: WOOD v. SCHAEFFER

2013 SCC 71

File No.: 34621.

2013: April 19; 2013: December 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Police — Investigations — Special Investigations Unit
— Right to counsel — Duty to make notes — Whether*

**Agent Kris Wood, sergent
intérimaire Mark Pullbrook
et agent Graham Seguin** *Appellants/Intimés
au pourvoi incident*

c.

**Ruth Schaeffer, Evelyn Minty, Diane Pinder
et Ian Scott, directeur de l'Unité des enquêtes
spéciales** *Intimés/Appellants au pourvoi
incident*

- et -

**Julian Fantino, commissaire de la Police
provinciale de l'Ontario** *Intimé/Intimé au
pourvoi incident*

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Richard Rosenthal, Chief Civilian
Director of the Independent
Investigations Office of British Columbia,
Alliance urbaine sur les relations interraciales,
Association canadienne des policiers et
Police Association of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : WOOD c. SCHAEFFER

2013 CSC 71

N° du greffe : 34621.

2013 : 19 avril; 2013 : 19 décembre.

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

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

*Police — Enquêtes — Unité des enquêtes spéciales —
Droit à l'avocat — Obligation de rédiger des notes —*

police officers have right to consult with counsel before making notes on incident — Whether police officers are entitled to basic legal advice as to nature of rights and obligations in connection with incident — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15, s. 113 — Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 7, 9.

This case arises from two independent fatal incidents in which civilians were shot by the police. In both cases, the involved officers were instructed by superior officers to refrain from making their police notes on the incident until they had spoken with counsel. The families of the two civilians who were killed brought an application seeking an interpretation of various provisions of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P-15, and *Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit*, O. Reg. 267/10. For purposes of this appeal, the pertinent issue raised by the families was whether the legislative scheme permitted officers to consult with counsel before completing their notes.

The families' application was dismissed by the Superior Court on procedural grounds. The Court of Appeal dealt with the matter on its merits, and held that the regulation did not permit police officers to seek the assistance of counsel in completing their notes. However, it found that, under the regulation, officers were entitled to receive basic legal advice as to the nature of their rights and obligations regarding the incident and the Special Investigations Unit ("SIU") investigation before completing their notes. The officers argue that those limits are too restrictive. The Director of the Special Investigations Unit cross-appeals, arguing that police officers are not entitled to legal advice, basic or otherwise, prior to completing their notes.

Held (LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting in the cross-appeal): The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Police officers are entrusted by the communities they serve with significant legal authority, including, in some circumstances, the power to use deadly force against their fellow citizens. The indispensable foundation for such authority is the community's steadfast trust in the police. But that trust can be tested when a member of the community is killed or seriously injured at the hands of a police officer. The SIU

L'agent de police a-t-il le droit de consulter un avocat avant de rédiger ses notes au sujet d'un incident? — L'agent de police a-t-il le droit d'obtenir des conseils juridiques de base quant à la nature de ses droits et de ses obligations relativement à l'incident? — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 113 — Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 7, 9.

La présente affaire résulte de deux incidents fatals distincts au cours desquels des civils ont été abattus par des policiers. Dans les deux cas, les agents en cause ont eu pour instruction de leur supérieur de ne prendre aucune note au sujet de l'incident tant qu'ils n'auraient pas parlé à un avocat. Les familles des deux civils tués ont présenté une requête pour obtenir l'interprétation de diverses dispositions de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, et du Règl. de l'Ont. 267/10, *Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales*. Dans le cadre du présent pourvoi, la question pertinente que soulèvent les familles est celle de savoir si le régime législatif permet aux agents de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes.

La requête des familles a été rejetée par la Cour supérieure pour des motifs d'ordre procédural. La Cour d'appel a jugé l'affaire au fond et conclu que le règlement ne permettait pas aux policiers de recourir à l'aide d'un avocat pour rédiger leurs notes. Toutefois, à son avis, le règlement donnait aux agents le droit à des conseils juridiques de base au sujet de la nature de leurs droits et de leurs obligations relativement à l'incident et à l'enquête de l'Unité des enquêtes spéciales (« UES ») avant la rédaction de leurs notes. Les agents font valoir que ces limites sont trop restrictives. Le directeur de l'UES forme un pourvoi incident, affirmant que les agents n'ont pas droit à des conseils juridiques de quelque nature que ce soit avant d'avoir rédigé leurs notes.

Arrêt (les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents à l'égard du pourvoi incident) : Le pourvoi est rejeté, et le pourvoi incident est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Les policiers se voient conférer par les collectivités qu'ils servent des pouvoirs légaux importants, dont celui de recourir, dans certaines circonstances, à une force létale contre leurs concitoyens. Ces pouvoirs reposent nécessairement sur la confiance inébranlable du public envers la police. Mais cette confiance peut parfois être mise à rude épreuve lorsqu'un citoyen est tué ou grièvement

is charged with the delicate task of determining independently and transparently what happened and why, in the hope of providing the community with answers. Permitting police officers to consult with counsel before their notes are prepared is an anathema to the very transparency that the legislative scheme aims to promote. When the community's trust in the police is at stake, it is imperative that the investigatory process be — and appear to be — transparent.

Under the Act and regulation, a police officer who witnessed or participated in an incident under investigation by the SIU is not permitted to speak with a lawyer before preparing his or her notes concerning the incident. While officers, in their capacity as ordinary citizens, may be free at common law to consult with counsel as and when they see fit, we are considering them here in their professional capacity as police officers who are involved in an SIU investigation. In these circumstances, the point of departure is not the common law, but the regulation which governs these situations and which comprehensively sets out their rights and duties, including their entitlement to counsel. So long as police officers choose to wear the badge, they must comply with their duties and responsibilities under the regulation, even if this means at times having to forego liberties they would otherwise enjoy as ordinary citizens.

Read in the full light of its history and context, it is apparent, for three reasons, that the regulation was not meant to permit officers to consult with counsel before they complete their notes.

First, consultation with counsel at the note-making stage is antithetical to the dominant purpose of the legislative scheme because it risks eroding the public confidence that the SIU process was meant to foster. The legislative scheme specifically combats the problem of appearances that flowed from “police investigating police” by placing investigations of the police in the hands of civilians. Allowing officers to fully consult with counsel at the note-making stage creates an “appearances problem” similar to the one that the SIU was created to overcome: a reasonable member of the public would naturally question whether counsel's assistance at the note-making stage is sought by officers to help them fulfill their duties as police officers, or if it is instead sought, in their self-interest, to protect themselves and their colleagues from the potential liability of an adverse SIU investigation.

blessé par un policier. L'UES s'est vu confier la tâche délicate de déterminer de façon indépendante et transparente les faits et leur cause, le tout dans l'espoir de fournir des réponses à la population. Permettre aux policiers de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes est à l'antipode de la transparence même que le régime législatif vise à favoriser. Lorsqu'il y va de la confiance du public envers la police, il est impératif que le processus d'enquête soit transparent, et aussi qu'il ait toutes les apparences de la transparence.

Suivant la Loi et le règlement, le policier qui est témoin d'un incident faisant l'objet d'une enquête de l'UES ou y est impliqué n'a pas le droit de parler à un avocat avant de rédiger ses notes à ce sujet. Si les agents, en tant que simples citoyens, jouissent de la liberté que la common law reconnaît à quiconque de consulter un avocat à sa guise, c'est à titre professionnel que nous les considérons en leur qualité de policiers visés par des enquêtes de l'UES. Dans ces circonstances, il convient de prendre pour point de départ, non pas la common law, mais le règlement, qui régit ces situations et énonce de façon exhaustive les droits et les obligations des agents, dont le droit à l'avocat. Dès lors qu'il choisit d'arborer son insigne, le policier doit se conformer aux obligations et aux responsabilités énumérées au règlement, et ce même s'il doit, pour ce faire, renoncer à certaines libertés dont il jouirait par ailleurs en tant que simple citoyen.

Il ressort clairement de son contexte et de son historique que ce règlement n'était pas censé permettre aux policiers de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes, et ce pour trois raisons.

Premièrement, reconnaître un droit de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes contrecarrerait l'objet principal du régime législatif, car l'exercice d'un tel droit risque de miner la confiance du public que l'UES était censée favoriser. Le régime législatif remédie expressément au problème d'apparences, qui résultait du fait que « la police enquête sur la police », en confiant les enquêtes sur les policiers à des civils. Autoriser les agents à consulter sans restriction un avocat à l'étape de la prise de notes créerait un « problème d'apparences » semblable à celui qui a motivé la création de l'UES : tout citoyen raisonnable pourrait à juste titre se demander si l'agent recourt à l'assistance d'un avocat à l'étape de la prise de notes pour l'aider à s'acquitter de ses obligations professionnelles ou s'il le fait plutôt dans son intérêt personnel pour se protéger et protéger ses collègues contre une conclusion accablante de la part de l'UES à l'issue de l'enquête.

Second, the legislative history demonstrates that s. 7(1) was never intended to create a freestanding entitlement to consult with counsel that extended to the note-making stage. There was no discussion of a role for counsel at the note-making stage in any of the reports related to the regulation, let alone a recommendation to that effect. While the government has long been aware of the practice of officers consulting with counsel prior to preparing their notes, the government is not required to amend regulations to forbid practices that are already inconsistent with the legislative scheme.

Third, consulting with counsel at the note-making stage impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed and comprehensive notes in accordance with their duty under s. 9 of the regulation. Sections 9(1) and 9(3) of the regulation require witness and subject officers to “complete in full the notes on the incident in accordance with [their] duty”. While neither the regulation nor the Act define the duty to make notes, police officers do have a duty to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes as soon as practicable after an investigation. Permitting officers to consult with counsel before preparing their notes runs the risk that the focus of the notes will shift away from the officer’s public duty toward his or her private interest in justifying what has taken place. This shift would not be in accord with the officer’s duty.

Without in any way impugning the integrity of counsel or police officers, even the perfunctory consultation contemplated by the Court of Appeal is liable to cause the same threat to public confidence, if on a somewhat diminished scale, because the initial consultation is privileged. A loss of public trust would seem a high price to pay for an initial consultation that is limited to providing officers with basic information that can easily be conveyed in ways that do not generate any appearance problem. Nothing in the regulation prevents officers who have been involved in traumatic incidents from speaking to doctors, mental health professionals, or uninvolved senior police officers before they write their notes, and the regulation empowers the chief of police to allow officers more time to complete their notes when required. Once officers have completed their notes and filed them with the chief of police, they are free to consult with counsel.

Per LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting in the cross-appeal): Everyone is at liberty to consult counsel whenever they wish unless doing so is precluded by lawful authority or inconsistent with their duty. This freedom

Deuxièmement, l’historique législatif démontre que le par. 7(1) n’était jamais censé créer un droit autonome à la consultation d’un avocat à l’étape de la rédaction des notes. Aucun des rapports ayant trait au règlement ne comporte de mention d’un quelconque rôle pour l’avocat à l’étape de la prise de notes, encore moins de recommandations en ce sens. Bien que le gouvernement soit au courant depuis longtemps de la pratique qui consiste pour l’agent à consulter un avocat avant de rédiger ses notes, le gouvernement n’a pas à modifier un règlement pour interdire une pratique qui est déjà incompatible avec le régime législatif.

Troisièmement, consulter un avocat à l’étape de la rédaction des notes empêcherait les agents de police de rédiger des notes précises, détaillées et exhaustives conformément à leur obligation comme l’exige l’art. 9 du règlement. Les paragraphes 9(1) et 9(3) du règlement obligent l’agent témoin et l’agent impliqué à rédiger « des notes complètes sur l’incident conformément à [leur] obligation ». Bien que ni le règlement ni la Loi ne définissent l’obligation de rédiger des notes, les policiers ont certes l’obligation de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives dès que possible après l’enquête. Si les policiers pouvaient consulter un avocat avant de rédiger leurs notes, ils risqueraient de s’attacher à défendre leur intérêt personnel et à justifier leurs actes, au détriment de leur devoir public. Un tel changement de perspective serait contraire à ce devoir.

L’intégrité des avocats et des agents de police n’est aucunement mise en doute, mais même la consultation sommaire qu’envisage la Cour d’appel risque aussi de miner la confiance du public, bien que dans une moindre mesure, comme la consultation initiale est protégée par le secret professionnel. Une consultation initiale qui se limite à offrir aux agents des renseignements de base pouvant aisément être transmis par des moyens qui n’occasionnent pas de problème d’apparences ne vaut pas la peine d’ébranler la confiance du public. Rien dans le règlement n’empêche l’agent qui est intervenu dans un incident traumatisant de faire appel à un médecin, à un professionnel de la santé mentale ou à un supérieur n’ayant pas assisté à l’incident avant de rédiger ses notes, et le règlement habilite le chef de police à donner dans ce cas à l’agent un délai supplémentaire pour terminer ses notes, au besoin. Une fois ses notes rédigées et soumises au chef de police, l’agent peut consulter un avocat.

Les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents à l’égard du pourvoi incident) : Chacun demeure libre de consulter un avocat lorsqu’il le juge à propos, sauf si cette consultation s’avère inconciliable avec ses fonctions

reflects the importance of the societal role of lawyers in a country governed by the rule of law and it should not be eliminated in the absence of clear legislative intent.

Interpreting s. 7(1) of the regulation purposively requires that we give effect to police officers' freedom to consult counsel and consider the importance of the SIU's mandate to enhance public confidence in the police. The plain wording of s. 7(1) grants the right to consult with legal counsel and the right to have legal counsel present during an SIU interview. Since this wording does not oust the rights that police officers would otherwise enjoy as ordinary citizens, and since the potential tension between the right to consult and the duty of the officer to write complete and independent notes can be resolved, there is no need to completely eliminate a police officer's liberty to consult counsel.

We must trust that lawyers will know that they cannot give advice about the contents and drafting of the notes, which must remain the result of a police officer's independent account of the events. However, the officer could be advised that he or she is required to complete notes of the incident prior to the end of his or her tour of duty and submit them to the chief of police unless excused by the chief of police; that the chief of police will not pass the notes of a subject officer on to the SIU, but will pass the notes of a witness officer on to the SIU; that the officer will be required to answer questions from the SIU investigators; that the officer will be entitled to consult counsel prior to the SIU interview and to have counsel present during the interview; and that the notes should provide a full and honest record of the officer's recollection of the incident in the officer's own words. This brief, informative conversation might not be as meaningful as comprehensive legal advice on the relationship between an officer's notes and potential liability, but it might help to remind an officer of his or her duties in the circumstances and put the officer at ease after having experienced a potentially traumatic incident.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128; *R. v.*

ou que l'exercice d'un pouvoir légitime l'interdit. Cette liberté traduit l'importance du rôle social que jouent les avocats au sein d'un État de droit et il ne convient pas de la supprimer en l'absence d'une intention claire du législateur en ce sens.

L'interprétation téléologique du par. 7(1) du règlement commande que l'on donne effet à la liberté des policiers de consulter un avocat et que l'on tienne compte de l'importance de la mission confiée à l'UES, qui vise à favoriser la confiance du public envers la police. Il ressort de son libellé que le par. 7(1) confère le droit de consulter un avocat et le droit à la présence d'un avocat lors d'une entrevue avec l'UES. Comme ce libellé n'exclut pas les droits dont les policiers jouissent par ailleurs en tant que simples citoyens, et comme la tension potentielle entre le droit de l'agent de consulter un avocat et son obligation de rédiger des notes exhaustives et indépendantes peut être éliminée, rien ne justifie de supprimer entièrement la liberté des agents de police de consulter un avocat.

Nous pouvons compter sur les avocats pour savoir qu'ils ne peuvent donner de conseils au sujet de la teneur et de la rédaction des notes, qui doivent demeurer un récit indépendant des faits par le policier. Cependant, il serait possible de conseiller à l'agent qu'il doit terminer ses notes au sujet de l'incident avant la fin de sa période de service et les soumettre au chef de police à moins d'en être dispensé par ce dernier; que le chef de police ne transmettra pas les notes de l'agent impliqué à l'UES, mais qu'il transmettra les notes de l'agent témoin; que l'agent devra répondre aux questions des enquêteurs de l'UES; qu'il a le droit de consulter un avocat avant son entrevue avec l'UES et a droit à la présence d'un avocat au cours de son entrevue ainsi qu'il doit rendre compte de façon complète et honnête de l'incident, d'après ses souvenirs et dans ses propres mots. Il se peut que ce genre de brève conversation à caractère informatif ne se révèle pas aussi utile qu'une consultation juridique détaillée au sujet des rapports entre les notes de l'agent et sa responsabilité éventuelle, mais puisse contribuer à rappeler à ce dernier ses obligations en pareilles circonstances et à le mettre plus à l'aise à la suite d'un incident possiblement traumatisant.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta.

Zack, [1999] O.J. No. 5747 (QL); *R. v. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By LeBel and Cromwell JJ. (dissenting on cross-appeal)

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).
Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 1(1) “subject officer”, “witness officer”, 6(1), (2), 7, 8(1), (2), 9, 10(3)(b), (c), 12.
Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 673/98, ss. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 42, 113(3), (5), (7), (9).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.05(3).

Authors Cited

Adams, George W. *Consultation Report of the Honourable George W. Adams, Q.C. to the Attorney General and Solicitor General Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.
 Adams, George W. *Review Report on the Special Investigations Unit Reforms prepared for the Attorney General of Ontario by The Honourable George W. Adams, Q.C.* Toronto: Ministry of the Attorney General, 2003.
 Clewley, Gary. “Officers and the SIU” (2009), 4 *The Back-Up* 25.
Halsbury’s Laws of England, 4th ed., vol. 3. London: Butterworths, 1973.
 LeSage, Patrick J. *Report regarding SIU Issues*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2011.
 Marin, André. *Oversight Unseen: Investigation into the Special Investigations Unit’s operational effectiveness and credibility*. Toronto: Ombudsman Ontario, 2008.
 Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

L.R. (4th) 128; *R. c. Zack*, [1999] O.J. No. 5747 (QL); *R. c. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par les juges LeBel et Cromwell (dissidents quant au pourvoi incident)

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).
Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 673/98, art. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13.
Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l’Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l’Ont. 267/10, art. 1(1) « agent impliqué », « agent témoin », 6(1), (2), 7, 8(1), (2), 9, 10(3)(b), (c), 12.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42, 113(3), (5), (7), (9).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3).

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Consultation Report of the Honourable George W. Adams, Q.C. to the Attorney General and Solicitor General Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit*. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1998.
 Adams, George W. *Rapport d’étude sur les réformes de l’Unité des enquêtes spéciales rédigé à l’intention du procureur général de l’Ontario par l’honorable George W. Adams, c.r.* Toronto : Ministère du Procureur général, 2003.
 Clewley, Gary. « Officers and the SIU » (2009), 4 *The Back-Up* 25.
Halsbury’s Laws of England, 4th ed., vol. 3. London : Butterworths, 1973.
 LeSage, Patrick J. *Rapport sur des questions concernant l’UES*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2011.
 Marin, André. *Une surveillance imperceptible : Enquête sur l’efficacité et la crédibilité des opérations de l’Unité des enquêtes spéciales*. Toronto : Ombudsman Ontario, 2008.
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 2^e sess., 34^e lég., 17 mai 1990, p. 1318.

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., May 17, 1990, p. 1318.

Ontario. Race Relations and Policing Task Force. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*. Toronto: The Task Force, 1989.

Orkin, Mark M. *Legal Ethics*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2011.

Reith, Charles. *The Blind Eye of History: a study of the origins of the present Police era*. Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1975.

Salhany, Roger E. *Report of the Taman Inquiry into the Investigation and Prosecution of Derek Harvey-Zenk*. Winnipeg: Taman Inquiry, 2008.

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 7th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Armstrong and Rouleau J.J.A.), 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721, 284 O.A.C. 362, 341 D.L.R. (4th) 481, 278 C.C.C. (3d) 57, 246 C.R.R. (2d) 181, [2011] O.J. No. 5033 (QL), 2011 CarswellOnt 12463, setting aside a decision of Low J., 2010 ONSC 3647 (CanLII), [2010] O.J. No. 2770 (QL), 2010 CarswellOnt 4564. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, LeBel, Fish and Cromwell J.J. dissenting on cross-appeal.

Brian H. Greenspan, David M. Humphrey and Jill D. Makepeace, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Julian N. Falconer and Sunil S. Mathai, for the respondents/appellants on cross-appeal Ruth Schaeffer, Evelyn Minty and Diane Pinder.

Marlys A. Edwardh, Daniel Sheppard and Kelly Doctor, for the respondent/appellant on cross-appeal Ian Scott, Director of the Special Investigations Unit.

Christopher Diana and Kenneth W. Hogg, for the respondent/respondent on cross-appeal Julian Fantino, Commissioner of the Ontario Provincial Police.

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.

Ontario. Race Relations and Policing Task Force. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*. Toronto : The Task Force, 1989.

Orkin, Mark M. *Legal Ethics*, 2nd ed. Toronto : Canada Law Book, 2011.

Reith, Charles. *The Blind Eye of History : a study of the origins of the present Police era*. Montclair, New Jersey : Patterson Smith, 1975.

Salhany, Roger E. *Report of the Taman Inquiry into the Investigation and Prosecution of Derek Harvey-Zenk*. Winnipeg : Taman Inquiry, 2008.

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 7th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Armstrong et Rouleau), 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721, 284 O.A.C. 362, 341 D.L.R. (4th) 481, 278 C.C.C. (3d) 57, 246 C.R.R. (2d) 181, [2011] O.J. No. 5033 (QL), 2011 CarswellOnt 12463, qui a infirmé une décision de la juge Low, 2010 ONSC 3647 (CanLII), [2010] O.J. No. 2770 (QL), 2010 CarswellOnt 4564. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents quant au pourvoi incident.

Brian H. Greenspan, David M. Humphrey et Jill D. Makepeace, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Julian N. Falconer et Sunil S. Mathai, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Ruth Schaeffer, Evelyn Minty et Diane Pinder.

Marlys A. Edwardh, Daniel Sheppard et Kelly Doctor, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident Ian Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales.

Christopher Diana et Kenneth W. Hogg, pour l'intimé/intimé au pourvoi incident Julian Fantino, commissaire de la Police provinciale de l'Ontario.

Wendy J. Wagner and Ryan W. Kennedy, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Andrew I. Nathanson and Gavin R. Cameron, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Christa D. Big Canoe and Emily R. Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Howard L. Krongold and Michael Spratt, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marian K. Brown, for the intervener Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia.

Maureen L. Whelton and Neil Wilson, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

David B. Butt, for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] Police officers are entrusted by the communities they serve with significant legal authority, including, in some circumstances, the power to use deadly force against their fellow citizens. The indispensable foundation for such authority is the community's steadfast trust in the police. Each and every day, thousands of officers across this country work diligently to earn that trust, often putting their own lives on the line.

[2] But that trust can be tested — sometimes severely — when a member of the community is killed or seriously injured at the hands of a police

Wendy J. Wagner et Ryan W. Kennedy, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Andrew I. Nathanson et Gavin R. Cameron, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Christa D. Big Canoe et Emily R. Hill, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Howard L. Krongold et Michael Spratt, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marian K. Brown, pour l'intervenant Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia.

Maureen L. Whelton et Neil Wilson, pour l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales.

David B. Butt, pour les intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Les policiers se voient conférer par les collectivités qu'ils servent des pouvoirs légaux importants, dont celui de recourir, dans certaines circonstances, à une force létale contre leurs concitoyens. Ces pouvoirs reposent nécessairement sur la confiance inébranlable du public envers la police. Jour après jour, aux quatre coins du pays, des milliers d'agents travaillent assidûment pour mériter cette confiance, souvent au risque de leur vie.

[2] Mais cette confiance peut parfois être mise à rude épreuve lorsqu'un citoyen est tué ou grièvement blessé par un policier. Pour cette raison, les

officer. For that reason, the citizens of Ontario have charged an all-civilian Special Investigations Unit (“SIU”) with the delicate task of investigating such tragic incidents. The SIU’s mission is clear: it is to determine independently and transparently what happened and why, in the hope of providing the community with answers.

[3] No one is above the law. When a member of the community is killed or seriously injured by a police officer, it is not only appropriate to ask whether the police were acting lawfully, it is essential. To that end, the SIU plays a vital role in ensuring that our society remains fair and just and that everyone is treated equally before and under the law.

[4] This appeal concerns one aspect of the way in which the SIU conducts its investigations. The question presented is whether, under the scheme that Ontario has crafted, a police officer who witnessed or participated in an incident under investigation by the SIU is entitled to speak with a lawyer *before* preparing his or her notes concerning the incident. In my view, the answer is “no”.

[5] The legislative scheme at issue here reflects the promise of a series of public inquiries and task forces urging reform of the old approach of “police investigating police”. Time and time again, reports of these groups have underscored the importance of creating an independent body charged with transparently investigating whether what happened reflected a breach of the public’s trust or not.

[6] Permitting police officers to consult with counsel before their notes are prepared is an anathema to the very transparency that the legislative scheme aims to promote. Put simply, appearances matter. And, when the community’s trust in the police is at stake, it is imperative that the investigatory process be — and appear to be — transparent.

[7] Manifestly, the legislature did not intend to provide officers with an entitlement to counsel that would undermine this transparency. The SIU’s

citoyens ontariens ont confié à un organisme composé exclusivement de civils, l’Unité des enquêtes spéciales (« UES »), la tâche délicate de faire enquête sur ce genre d’incidents tragiques. La mission de l’UES est claire : elle consiste à déterminer de façon indépendante et transparente les faits et leur cause, le tout dans l’espoir de fournir des réponses à la population.

[3] Nul n’est au-dessus des lois. Lorsqu’un citoyen est tué ou grièvement blessé par un policier, il est non seulement opportun mais essentiel de se demander si la police a agi légalement. Dans ce dessein, l’UES joue un rôle vital visant à maintenir la justice et l’équité au sein de notre société et à veiller à l’égalité de chacun devant la loi et dans la loi.

[4] Le présent pourvoi porte sur un aspect des enquêtes de l’UES. La question qui nous est soumise est celle de savoir si, selon le régime que l’Ontario a élaboré, le policier qui est témoin d’un incident faisant l’objet d’une enquête de l’UES ou y est impliqué a le droit de parler à un avocat *avant* de rédiger ses notes à ce sujet. J’estime qu’il faut répondre par la négative à cette question.

[5] Le régime législatif en cause fait suite aux recommandations issues d’une série de commissions d’enquête et de groupes de travail, qui préconisaient la rupture d’avec la pratique rétrograde suivant laquelle la « police enquête sur la police ». À maintes reprises, leurs rapports ont souligné l’importance d’un organisme indépendant qui serait chargé de faire enquête de façon transparente pour déterminer, à la lumière des faits survenus, si la confiance du public avait été trahie.

[6] Permettre aux policiers de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes est à l’antipode de la transparence même que le régime législatif vise à favoriser. En clair, les apparences comptent, et lorsqu’il y va de la confiance du public envers la police, il est impératif que le processus d’enquête soit transparent, et aussi qu’il ait toutes les apparences de la transparence.

[7] Manifestement, le législateur n’avait pas l’intention de conférer aux agents un droit à l’avocat dont l’exercice risquerait de compromettre cette

governing regulation hews closely to the specific recommendations of those tasked with proposing reforms — down to many of its specific provisions. Read in the full light of its history and context, it is apparent that the regulation was not meant to afford officers an entitlement to consult with counsel before they complete their notes.

[8] Nor is such an entitlement consistent with an officer’s duties under the legislative scheme. Such an expansive understanding of the entitlement to counsel impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes in accordance with their duty. Permitting consultation with counsel before notes are prepared runs the risk that the focus of the notes will shift away from the officer’s public duty toward his or her private interest in justifying what has taken place. This shift would not be in accord with the officer’s duty.

[9] In the result, I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal.

II. Facts

[10] This case arises from two independent fatal incidents in which Douglas Minty and Levi Schaeffer were shot by the police. The facts surrounding the incidents are not in dispute.

A. *The Minty Investigation*

[11] On June 22, 2009, Mr. Minty was shot to death by Cst. Seguin of the Ontario Provincial Police (“OPP”). That evening, Cst. Seguin had been dispatched to investigate an alleged assault committed by Mr. Minty on a door-to-door salesman. When Cst. Seguin arrived at the scene, he approached Mr. Minty. Mr. Minty walked quickly toward Cst. Seguin. He had a knife in his hand. Cst. Seguin instructed Mr. Minty to put down or drop his weapon. Mr. Minty ignored these commands and “charged at Cst Seguin with his arm extended and the knife pointing at the officer” (SIU Report, A.R., vol. III, at p. 661). Cst. Seguin shot Mr. Minty five times.

transparence. Le règlement qui régit l’UES serre de près les recommandations formulées par ceux qui étaient chargés de proposer des réformes, jusque dans le détail de nombreuses dispositions. Il ressort clairement de son contexte et de son historique que ce règlement n’était pas censé accorder aux policiers le droit de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes.

[8] Un tel droit est par ailleurs inconciliable avec les obligations que le régime législatif impose aux policiers. Une conception aussi large de leur droit de consulter un avocat compromettrait leur capacité de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives conformément à leur obligation. Si les agents pouvaient obtenir des conseils juridiques avant de rédiger leurs notes, ils risqueraient de s’attacher à défendre leur intérêt personnel et à justifier leurs actes, au détriment de leur devoir public. Un tel changement de perspective serait contraire à ce devoir.

[9] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de faire droit au pourvoi incident.

II. Faits

[10] La présente affaire fait suite à deux incidents distincts au cours desquels Douglas Minty et Levi Schaeffer ont été abattus par des policiers. Les faits entourant les incidents ne sont pas contestés.

A. *Enquête sur la mort de Douglas Minty*

[11] Le 22 juin 2009, M. Minty a été abattu par l’agent Seguin de la Police provinciale de l’Ontario (« OPP »). Ce soir-là, l’agent Seguin avait été dépêché pour enquêter sur de présumées voies de fait commises par M. Minty sur la personne d’un vendeur à domicile. Une fois arrivé sur les lieux, l’agent Seguin s’est approché de M. Minty, qui s’est mis à avancer rapidement vers lui, un couteau à la main. L’agent Seguin a intimé à M. Minty l’ordre de déposer ou de laisser tomber son arme. Refusant d’obtempérer, M. Minty [TRADUCTION] « s’est précipité sur l’agent Seguin en braquant son couteau » (Rapport de l’UES, vol. III, p. 661). L’agent Seguin a tiré cinq coups de feu sur M. Minty.

[12] Cst. Seguin reported that shots had been fired and additional officers arrived at the scene. Sgt. Burton, Cst. Seguin's senior officer, told all of the officers in the area that the SIU might consider them to be witnesses to the incident and instructed them not to make any further notes until they had spoken with counsel.

[13] On October 14, 2009, Mr. Scott, the Director of the SIU (the "SIU Director"), provided his report on the incident to the Attorney General. In his report, the SIU Director found that Cst. Seguin "had a reasonable apprehension of imminent death or grievous bodily harm" from which he could not escape and concluded that "the lethal force used was not excessive" in the circumstances (SIU Report, A.R., vol. III, at p. 661).

[14] Significant for present purposes, the SIU Director noted in his report that he would be raising several issues of concern with the OPP Commissioner. Among them, the SIU Director included his concern that all witness officers had been instructed not to write up their notes until they had spoken to counsel.

B. *The Schaeffer Investigation*

[15] On June 24, 2009, Mr. Schaeffer was shot and killed by Cst. Wood of the OPP. Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook had traveled by boat to a rocky peninsula on Osnaburgh Lake to investigate a reported theft. When they arrived at the peninsula, the officers approached Mr. Schaeffer, questioned him, and attempted to detain him. According to the officers, Mr. Schaeffer physically resisted and pulled a knife out of his pocket. Both officers retreated as Mr. Schaeffer advanced towards them. Mr. Schaeffer did not comply with commands to drop the knife. At that point, Cst. Wood shot Mr. Schaeffer twice in the chest, killing him.

[16] After the shooting, Det. Sgt. Wellock was assigned to attend the scene. Before leaving the detachment, she instructed another officer to tell Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook not to communicate with each other and not to write any notes

[12] L'agent Seguin a signalé qu'il avait déchargé son arme, et d'autres policiers sont arrivés sur les lieux. Le sergent Burton, le supérieur de l'agent Seguin, a expliqué à tous les agents qui se trouvaient dans le secteur qu'ils étaient susceptibles d'être considérés comme étant des témoins de l'incident par l'UES et il leur a donné pour instruction de ne prendre aucune autre note tant qu'ils n'auraient pas parlé à un avocat.

[13] Le 14 octobre 2009, M. Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales, a fait rapport de l'incident au procureur général. Il a conclu que l'agent Seguin [TRADUCTION] « craignait raisonnablement une mort imminente ou des lésions corporelles graves » auxquelles il ne pouvait se soustraire et que « la force létale utilisée n'était pas excessive » dans les circonstances (Rapport de l'UES, d.a., vol. III, p. 661).

[14] Fait important dans le présent débat, le directeur de l'UES a fait observer dans son rapport qu'il porterait à l'attention du commissaire de l'OPP plusieurs sujets de préoccupation, dont l'instruction donnée à tous les agents témoins de ne rédiger leurs notes qu'après avoir parlé à un avocat.

B. *Enquête sur la mort de Levi Schaeffer*

[15] Le 24 juin 2009, M. Schaeffer a été abattu par l'agent Wood de l'OPP. L'agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook s'étaient rendus par bateau jusqu'à une péninsule rocheuse du lac Osnaburgh pour enquêter sur un vol. À leur arrivée, les agents ont interrogé M. Schaeffer et ont tenté de le détenir. Selon eux, M. Schaeffer aurait résisté et sorti un couteau de sa poche. Les deux agents auraient alors reculé devant l'homme qui s'avavançait vers eux. Il n'aurait pas obtempéré aux ordres lui enjoignant de laisser tomber son couteau. C'est alors que l'agent Wood aurait fait feu à deux reprises sur lui, l'atteignant à la poitrine et provoquant sa mort.

[16] Après l'incident, la sergente-détective Wellock a été dépêchée sur les lieux. Avant de quitter son détachement, elle a donné pour instruction à un autre agent d'interdire à l'agent Wood et au sergent intérimaire Pullbrook de se parler et de prendre

until they had spoken to counsel. Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook retained the same lawyer as their counsel and spoke to him, separately, several hours after the shooting. Their lawyer advised both officers to refrain from completing their notes and to provide him with a draft set of notes for his review. Both officers completed their notebook entries two days after the shooting, on June 26, 2009, after counsel had reviewed their draft notes.

[17] On September 25, 2009, the SIU Director provided his report on this incident to the Attorney General. He concluded that he could not form reasonable and probable grounds to believe that Cst. Wood had committed a criminal offence because he could not “place sufficient reliance on the information provided by Cst Wood or A/Sgt Pullbrook to decide what probably happened” (A.R., vol. III, at p. 516). The SIU Director expressed specific concern over the manner in which Cst. Wood and Acting Sgt. Pullbrook completed their notes. The SIU Director wrote:

This note writing process flies in the face of the two main indicators of reliability of notes: independence and contemporaneity. The notes do not represent an independent recitation of the material events. The first drafts have been “approved” by an OPPA lawyer who represented all of the involved officers in this matter, a lawyer who has a professional obligation to share information among his clients when jointly retained by them. Nor are the notes the most contemporaneous ones — they were not written as soon as practicable and the first drafts remain in the custody of their lawyer. I am denied the opportunity to compare the first draft with the final entries. Accordingly, the only version of the material events are association lawyer approved notes. Due to their lack of independence and contemporaneity, I cannot rely upon these notes nor A/Sgt Pullbrook’s interview based upon them for the truth of their contents.

I have a statutory responsibility to conduct independent investigations and decide whether a police officer probably committed a criminal offence. In this most serious case, I have no informational base I can rely upon. Because I cannot conclude what probably happened, I

des notes avant d’avoir pu parler à un avocat. L’agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook ont retenu les services du même avocat. Ils lui ont parlé, chacun leur tour, plusieurs heures après l’incident. L’avocat leur a conseillé de ne rien consigner dans leur calepin avant de lui avoir soumis une ébauche de leurs notes pour examen. Les deux agents ont noté leur compte rendu de l’incident dans leur carnet deux jours plus tard, le 26 juin 2009, après l’examen de l’ébauche de leurs notes par l’avocat.

[17] Le 25 septembre 2009, le directeur de l’UES a remis au procureur général son rapport au sujet de l’incident. Il a estimé qu’il ne pouvait pas conclure qu’il existait des motifs raisonnables de croire que l’agent Wood avait commis une infraction criminelle, parce qu’il ne pouvait se fier [TRADUCTION] « aux renseignements fournis par l’agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook pour déterminer ce qui s’est probablement passé » (d.a., vol. III, p. 516). Le directeur de l’UES s’est dit particulièrement préoccupé par la façon dont l’agent Wood et le sergent intérimaire Pullbrook avaient rédigé leurs notes. Il s’est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Ce processus de rédaction va à l’encontre des deux principaux indicateurs de fiabilité des notes : l’indépendance et la concomitance. Ces notes ne représentent pas un récit indépendant des faits essentiels. Les premières ébauches ont été « approuvées » par un avocat de l’OPPA qui représentait tous les agents impliqués dans cette affaire, un avocat qui a l’obligation professionnelle de partager l’information entre ses clients dans le cadre d’un mandat conjoint. Les notes ne sont pas non plus les plus concomitantes — les agents ne les ont pas rédigées dès que possible et leur avocat en a conservé les premières ébauches. Je n’ai pas eu la possibilité de comparer la première version des notes avec la version définitive figurant dans le carnet. En conséquence, la seule version des événements dont je dispose est celle qui figure dans les notes approuvées par l’avocat de l’OPPA. En raison de leur manque d’indépendance et de concomitance, je ne peux pas me fier à ces notes ni à l’entrevue du sergent (intérim.) Pullbrook quant à la véracité de leur contenu.

J’ai la responsabilité légale de mener des enquêtes indépendantes et de décider si un agent a probablement commis une infraction criminelle. Dans ce cas d’une extrême gravité, je n’ai aucune information à laquelle je peux me fier. Comme je suis dans l’impossibilité de

cannot form reasonable grounds that the subject officer in this matter committed a criminal offence. [Emphasis added; A.R., vol. III, at p. 517.]

III. Relevant Legislative Provisions

A. *The Police Services Act*

[18] The SIU was established by s. 113 of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15. Section 113(5) of the Act empowers the SIU to “cause investigations to be conducted into the circumstances of serious injuries and deaths that may have resulted from criminal offences committed by police officers”. The SIU Director cannot be a police officer or a former police officer, and SIU investigators cannot be current police officers (s. 113(3)). The SIU Director determines whether charges will be laid against police officers (s. 113(7)). Police officers are required by the Act to “co-operate fully” with the SIU in the conduct of investigations (s. 113(9)).

B. *The Regulation*

[19] The regulation governs the conduct of SIU investigations (*Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit*, O. Reg. 267/10). Officers involved in an incident triggering an SIU investigation fall into two categories: officers whose conduct appears to have caused the death or serious injury are designated “subject officers”, and involved officers who are not subject officers are deemed to be “witness officers” (s. 1(1)).

[20] The regulation provides that all involved officers must be segregated from each other, to the extent practicable, until after the SIU has completed its interviews (s. 6(1)). The regulation also provides all officers with an entitlement to “consult” with legal counsel and to have counsel “present” during their SIU interviews (s. 7(1)), unless the SIU Director is of the opinion that waiting for counsel would cause an unreasonable delay in the investigation (s. 7(2)). Witness officers are required to meet with

déterminer ce qui s’est probablement passé, je ne peux pas conclure qu’il y a des motifs raisonnables de croire que l’agent impliqué dans cette affaire a commis une infraction criminelle. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 517.]

III. Dispositions législatives applicables

A. *Loi sur les services policiers*

[18] L’UES a été constituée aux termes de l’art. 113 de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15. Le paragraphe 113(5) de la Loi habilite l’UES à « faire mener des enquêtes sur les circonstances qui sont à l’origine de blessures graves et de décès pouvant être imputables à des infractions criminelles de la part d’agents de police ». Aucun agent de police ou ancien agent de police ne peut être nommé directeur et aucun agent de police ne peut être nommé enquêteur (par. 113(3)). Le directeur de l’UES décide s’il y a lieu de déposer des dénonciations contre un agent de police (par. 113(7)). La Loi oblige les agents de police à « collabore[r] entièrement » avec l’UES au cours des enquêtes (par. 113(9)).

B. *Règlement*

[19] Le règlement régit les enquêtes de l’UES (*Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l’Unité des enquêtes spéciales*, Règl. de l’Ont. 267/10). Les agents de police en cause dans un incident ayant donné lieu à une enquête de l’UES appartiennent à l’une ou l’autre de deux catégories. L’agent dont la conduite semble avoir causé le décès ou des blessures graves est un « agent impliqué ». Tout autre agent en cause est un « agent témoin » (par. 1(1)).

[20] Le règlement prévoit que les agents de police en cause dans l’incident doivent être isolés les uns des autres, autant qu’il est matériellement possible de le faire, tant que l’UES n’a pas terminé ses entrevues (par. 6(1)). Le règlement confère par ailleurs à l’agent de police le droit de « consulter » un avocat et le droit à la « présence » d’un avocat au cours de son entrevue avec l’UES (par. 7(1)), à moins que, de l’avis du directeur, le fait d’attendre un avocat retarde l’enquête de

the SIU and answer all of its questions (s. 8(1)). Both subject and witness officers are required to complete their notes on the incident “in accordance with [their] duty” (s. 9(1) and (3)). However, only witness officers are required to provide their notes to the SIU (s. 9(1) and (3)). If a witness officer is later designated a subject officer by the SIU, the SIU is required to provide the officer with the original and all copies of his interview with the SIU and his officer notes (s. 10(3)(b) and (c)).

[21] The proper interpretation of the regulation lies at the heart of this appeal. The entitlement to counsel under s. 7(1) and the duty to make notes under s. 9(1) and (3) are of particular importance. These provisions read as follows:

7. [Right to counsel] (1) Subject to subsection (2), every police officer is entitled to consult with legal counsel or a representative of a police association and to have legal counsel or a representative of a police association present during his or her interview with the SIU.

. . .

9. [Notes on incident] (1) A witness officer shall complete in full the notes on the incident in accordance with his or her duty and . . . shall provide the notes to the chief of police within 24 hours after a request for the notes is made by the SIU.

. . .

(3) A subject officer shall complete in full the notes on the incident in accordance with his or her duty, but no member of the police force shall provide copies of the notes at the request of the SIU.

IV. Proceedings Below

A. *Superior Court of Justice for Ontario, 2010 ONSC 3647 (CanLII)*

[22] Mr. Schaeffer’s mother, Ruth Schaeffer, and Mr. Minty’s mother and sister, Evelyn Minty and

façon déraisonnable (par. 7(2)). L’agent témoin a l’obligation de rencontrer l’UES et de répondre à toutes ses questions (par. 8(1)). L’agent témoin et l’agent impliqué sont tenus de rédiger des notes complètes sur l’incident « conformément à [leur] obligation » (par. 9(1) et 9(3)). Toutefois, seuls les agents témoins ont l’obligation de fournir leurs notes à l’UES (par. 9(1) et 9(3)). L’agent témoin que l’UES désigne à titre d’agent impliqué par la suite se voit remettre par cette dernière l’original et toutes les copies de l’enregistrement de son entrevue avec l’UES ainsi que toutes les copies de ses notes (al. 10(3)b) et c)).

[21] L’interprétation qu’il convient de donner au règlement se situe au cœur du présent pourvoi. Le droit de consulter un avocat prévu au par. 7(1) et l’obligation de rédiger des notes visée aux par. 9(1) et 9(3) revêtent une importance particulière dans le cas qui nous occupe. Ces dispositions sont ainsi libellées :

7. [Droit à un avocat] (1) Sous réserve du paragraphe (2), l’agent de police a le droit de consulter un avocat ou un représentant d’une association de policiers et a droit à la présence d’un avocat ou d’un représentant d’une telle association pendant son entrevue avec l’UES.

. . .

9. [Notes sur l’incident] (1) L’agent témoin rédige des notes complètes sur l’incident conformément à son obligation et [. . .] les fournit au chef de police au plus tard 24 heures après que l’UES en a fait la demande.

. . .

(3) L’agent impliqué rédige des notes complètes sur l’incident conformément à son obligation, mais aucun membre du corps de police ne doit en fournir des copies à la demande de l’UES.

IV. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2010 ONSC 3647 (CanLII)*

[22] La mère de M. Schaeffer, Ruth Schaeffer, ainsi que la mère et la sœur de M. Minty, Evelyn

Diane Pinder (the “Families”) brought an application under Rule 14.05(3) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, seeking “[d]eclaratory relief in the form of judicial interpretations and guidance in respect of those provisions of the *Police Services Act* and Regulations that govern the police duty to cooperate with investigations by the Special Investigations Unit” (A.R., vol. I, at p. 91). One of the issues raised by the Families was whether the legislative scheme permitted officers to consult with counsel before completing their notes. The Families named Cst. Seguin, Cst. Wood, Acting Sgt. Pullbrook (the “Officers”), OPP Commissioner Julian Fantino, the SIU Director, and the Ministry of Community Safety and Correctional Services as respondents.

[23] Prior to the hearing of the application on its merits, the Officers brought a motion to strike the application on the grounds that the application was not justiciable and that the Families lacked standing to bring it. Low J. allowed the Officers’ motion and struck the application. Before this Court, the Officers have abandoned these procedural arguments. It is therefore unnecessary to consider them further.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721*

[24] The Families appealed to the Ontario Court of Appeal seeking to have the application decided on its merits. Sharpe J.A., writing for a unanimous court, held that the application was justiciable, that the Families had public interest standing, and that the Court of Appeal had jurisdiction to decide the substantive issues raised in the application without the need to remit the matter to the Superior Court.

[25] The Court of Appeal found that the assistance of counsel in the preparation of an officer’s notes “would be inconsistent with the purpose of police notes and with the duty imposed on police officers to prepare them” primarily because any legal advice received by the officer would be “geared to the

Minty et Diane Pinder (les « familles »), ont présenté une requête en vertu du par. 14.05(3) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, en vue d’obtenir [TRADUCTION] « [u]n jugement déclaratoire portant sur l’interprétation et l’orientation de la Cour quant aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* et de ses règlements d’application qui régissent l’obligation des policiers de collaborer aux enquêtes de l’Unité des enquêtes spéciales » (d.a., vol. I, p. 91). Les familles soulevaient notamment la question de savoir si le régime législatif permettait aux agents de consulter un avocat avant de rédiger leurs notes. Elles ont désigné à titre de défendeurs les agents Seguin et Wood, le sergent intérimaire Pullbrook (les « agents »), le commissaire de l’OPP, Julian Fantino, le directeur de l’UES et le ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels.

[23] Avant l’examen au fond de la demande, les agents ont présenté une requête en radiation au motif qu’elle ne relevait pas de la compétence des tribunaux et que les familles n’avaient pas qualité pour la présenter. La juge Low a fait droit à la requête des agents et radié la demande. Devant notre Cour, les agents ont abandonné ces moyens procéduraux. Il n’est donc pas nécessaire de s’y attarder davantage.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721*

[24] Les familles ont interjeté appel à la Cour d’appel de l’Ontario en vue de faire juger leur demande au fond. Le juge Sharpe, au nom de la cour unanime, a statué que la demande relevait de la compétence des tribunaux et que les familles avaient qualité pour agir dans l’intérêt public, ajoutant que la Cour d’appel avait compétence pour trancher les questions de fond soulevées dans la demande sans qu’il soit nécessaire de renvoyer l’affaire à la Cour supérieure.

[25] La Cour d’appel a jugé que le fait pour l’agent d’obtenir les conseils d’un avocat au moment de rédiger ses notes [TRADUCTION] « serait inconciliable avec la raison d’être des notes et avec l’obligation qui est imposée aux policiers de les rédiger », surtout parce que tout conseil juridique

officer's own self interest, or the interests of fellow officers, rather than the officer's overriding public duty" (paras. 71-72). As a result, the court concluded that s. 7(1) did not permit police officers to seek the assistance of counsel in completing their notes.

[26] However, in the Court of Appeal's view, s. 7(1) of the regulation did entitle officers to "basic legal advice as to the nature of [their] rights and obligations in connection with the incident and the SIU investigation" (paras. 79 and 81).

V. Issue

[27] The Officers have appealed to this Court, asserting that the Court of Appeal erred in restricting the entitlement to counsel in s. 7(1) to nothing more than "basic legal advice". The SIU Director has cross-appealed and takes the opposite view, arguing that, although the Court of Appeal was correct in holding that officers are not entitled to the assistance of counsel in the preparation of their notes, it erred in concluding that police officers are entitled to "basic legal advice" prior to completing their notes. The Families and the OPP Commissioner are content with the decision of the Court of Appeal and defend its correctness.

[28] The primary issue on appeal is whether s. 7(1) of the regulation entitles officers involved in incidents triggering SIU investigations to speak with counsel before completing their notes. Given my conclusion that the answer to this issue is no, I need not go on to consider the nature or extent of any such entitlement.

VI. Analysis

A. *The Source of the Disputed Right to Counsel*

[29] At the outset, it is important to be clear about the focus of our inquiry. This case concerns the

serait « axé sur l'intérêt personnel de l'agent ou de ses collègues plutôt que sur son devoir primordial envers le public » (par. 71-72). Par conséquent, la cour a conclu que le par. 7(1) ne permettait pas aux policiers de recourir à l'aide d'un avocat pour rédiger leurs notes.

[26] Toutefois, suivant la Cour d'appel, le par. 7(1) du règlement donnait effectivement aux agents le droit à des [TRADUCTION] « conseils juridiques de base au sujet de la nature de [leurs] droits et de [leurs] obligations en rapport avec l'incident et l'enquête de l'UES » (par. 79 et 81).

V. Question en litige

[27] Les agents ont formé le présent pourvoi devant notre Cour. Ils font valoir que la Cour d'appel avait commis une erreur en restreignant le droit à l'avocat que leur reconnaît le par. 7(1) à un simple droit d'obtenir « des conseils juridiques de base ». Le directeur de l'UES a formé en l'espèce un pourvoi incident dans lequel il présente le point de vue contraire. Il affirme que, même si elle a eu raison de statuer que les agents n'avaient pas le droit de recourir à l'aide d'un avocat pour rédiger leurs notes, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'ils avaient droit à des « conseils juridiques de base » à cette étape. Les familles et le commissaire de l'OPP se disent satisfaits de la décision de la Cour d'appel et en défendent le bien-fondé.

[28] La principale question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si le par. 7(1) du règlement permet à l'agent en cause dans l'incident qui fait l'objet d'une enquête de l'UES de parler à un avocat avant de rédiger ses notes. Comme à mon avis il faut répondre à cette question par la négative, il n'est pas nécessaire d'analyser la nature ou la portée qu'aurait tel droit.

VI. Analyse

A. *Source du droit contesté à l'avocat*

[29] D'entrée de jeu, il importe de bien préciser l'objet de l'analyse. La présente affaire concerne

scope of an entitlement to counsel that flows from a regulatory provision. We are not here concerned with the right to counsel that exists under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. No party has sought to determine whether witness or subject officers are “detained” within the meaning of s. 10(b) during SIU investigations. Two of the interveners before this Court argued that the regulation triggers an officer’s right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*: see factums of the Canadian Civil Liberties Association and the Canadian Police Association. The SIU Director brought a motion to strike out the paragraphs of the interveners’ factums that raised this issue on the grounds that it had not been raised by any of the parties to this appeal, and the interveners were precluded from raising new issues on their own accord. I agree with the SIU Director that the s. 10(b) issues are not properly before this Court, and would therefore allow the motion.

[30] Nor has any party questioned whether the right to silence or the common law confessions rule prevents an officer’s notes from being used against that officer in a subsequent criminal prosecution. Accordingly, I refrain from expressing any opinion on those issues. Finally, this case does not concern the liberty citizens generally enjoy at common law to consult with counsel as and when they see fit. The Officers argue that, no matter how s. 7(1) is interpreted, they are free at common law to consult with counsel in the preparation of their notes.

[31] With respect, I cannot agree. We are not here dealing with police officers in their capacity as ordinary citizens. We are dealing with them in their professional capacity as police officers who are the subject of an SIU investigation because they have been involved in an incident that has resulted in serious injury or death. In these circumstances, the point of departure is not the common law liberty to consult with counsel. Rather, we must begin with

la teneur du droit à un avocat conféré par une disposition réglementaire. Il n’est pas question en l’espèce du droit à l’assistance d’un avocat que confère l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aucune partie ne plaide qu’un agent témoin ou un agent impliqué est détenu au sens de l’al. 10b) lors de l’enquête de l’UES. Deux des intervenants ont soutenu devant notre Cour que le règlement permettait aux agents de revendiquer le droit à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10b) de la *Charte* (voir les mémoires de l’Association canadienne des libertés civiles et de l’Association canadienne des policiers). Le directeur de l’UES a présenté une requête en radiation des paragraphes de ces mémoires traitant cette question, au motif qu’elle n’avait été soulevée par aucune des parties au présent pourvoi et que les intervenants n’étaient pas autorisés à soulever de nouvelles questions de leur propre chef. Je suis d’accord avec le directeur de l’UES pour dire que les questions concernant l’al. 10b) n’ont pas été soumises régulièrement à la Cour et je suis par conséquent d’avis de faire droit à la requête.

[30] Aucune partie ne nous demande non plus de déterminer si le droit de garder le silence ou la règle relative aux aveux reconnue en common law empêchent, au cours d’un procès ultérieur au criminel, d’utiliser contre l’agent les notes que ce dernier a pu prendre. Par conséquent, je m’abstiens d’exprimer quelque opinion que ce soit sur ces questions. Enfin, la présente affaire ne porte pas sur la liberté que la common law reconnaît à quiconque de consulter un avocat à sa guise. Les agents soutiennent que, peu importe la façon dont on interprète le par. 7(1), il leur est loisible en common law de consulter un avocat pour rédiger leurs notes.

[31] En toute déférence, je ne puis accepter cette façon de voir. Nous avons affaire, en l’espèce, à des agents de police agissant non pas à titre de simples citoyens, mais en leur qualité de policiers visés à titre professionnel par des enquêtes de l’UES parce qu’ils sont en cause dans un incident ayant provoqué un décès ou des blessures graves. Dans ces circonstances, il convient de prendre pour point de départ le règlement, plutôt que la liberté

the regulation which governs these situations and which comprehensively sets out their rights and duties, including their entitlement to counsel.

[32] This starting point requires that an officer's entitlement to counsel at the note-making stage be determined purposively, through the lens of the legislative scheme, thus ensuring the entitlement will be in harmony with the scheme and its overarching purpose. The first question, therefore, is whether s. 7(1) of the regulation, interpreted purposively, entitles officers to consult with counsel at the note-making stage. If such an entitlement is inconsistent with the regulation, then officers involved in SIU investigations are precluded from such consultations and we need not reach the question of what residual liberty officers may retain at common law. In short, so long as police officers choose to wear the badge, they must comply with their duties and responsibilities under the regulation, even if this means at times having to forego liberties they would otherwise enjoy as ordinary citizens.

B. *The Proper Approach to Statutory Interpretation*

[33] Answering the question posed by this appeal requires interpreting s. 7(1) of the regulation. The words of the provision must be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the regulation, its objective, and the intention of the legislature. Critically, the provisions of the regulation must be read in light of the purpose of the enabling legislation — the Act. That purpose “transcends and governs” the regulation (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 38). An interpretation of s. 7(1) that leads to conflict with another provision of the regulation, or that runs contrary to the purpose of the legislative scheme, must be avoided.

reconnue en common law de consulter un avocat. Il régit ces situations et énonce de façon exhaustive les droits et les obligations des agents, dont le droit à l'avocat.

[32] Ce point de départ commande que l'on adopte une démarche téléologique pour statuer sur l'existence d'un droit à des conseils juridiques à l'étape de la rédaction de notes, à la lumière du régime législatif. Ainsi, l'interprétation de ce droit s'harmonisera avec ce dernier et son objet dominant. La première question qui se pose, en conséquence, est celle de savoir si le par. 7(1) du règlement, interprété de manière téléologique, autorise l'agent à consulter un avocat à l'étape de la prise de notes. Si pareil droit n'est pas conforme au règlement, l'agent visé par une enquête de l'UES ne peut solliciter de tels conseils, et point n'est besoin de trancher la question des droits résiduels que la common law reconnaît aux agents. Bref, dès lors qu'il choisit d'arborer son insigne, le policier doit se conformer aux obligations et aux responsabilités énumérées au règlement, et ce même s'il doit, pour ce faire, renoncer à certaines libertés dont il jouirait par ailleurs en tant que simple citoyen.

B. *Bonne méthode d'interprétation législative*

[33] Il est nécessaire, pour répondre à la question soulevée dans le présent pourvoi, d'interpréter le par. 7(1) du règlement. Il faut lire les termes de cette disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit du règlement, son objet et l'intention du législateur. Il est d'une importance capitale d'interpréter ses dispositions en tenant compte de l'objet de sa loi habilitante, en l'occurrence la Loi. L'objet de la loi « transcende et régit » l'objet du règlement (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 38). Il faut éviter toute interprétation du par. 7(1) qui serait susceptible de créer un conflit avec une autre disposition du texte réglementaire ou qui irait à l'encontre de l'objet du régime législatif.

C. *The Origin and Purpose of the Special Investigations Unit*

[34] Before turning to the interpretation of s. 7(1) of the regulation, it is necessary to describe the origin and purpose of the legislative scheme. Doing so provides the context for the analysis that follows.

(1) The Creation of the Special Investigations Unit

[35] Before the SIU was formed, incidents of serious injuries or deaths involving police officers were investigated internally by the police (A. Marin, *Oversight Unseen: Investigation into the Special Investigations Unit's operational effectiveness and credibility* (2008), at para. 23). This changed in 1990 with the enactment of the Act, which created the SIU.

[36] The creation of the SIU followed on the heels of a report released in 1989 by the Task Force on Race Relations and Policing (*Report of the Race Relations and Policing Task Force* (1989)). The Task Force was commissioned by the provincial government after two black Ontarians were fatally shot by the police in 1988. Its report contained a host of recommendations, one of which called for the creation of an “investigative team” comprised partially of civilians “to investigate police shootings” in the province (p. 150). The Task Force recommended civilian participation in investigations of the police because, in its view, the practice of “police investigating the police” could not “satisfy the public demand for impartiality” and fostered “a serious deterioration in the public confidence” (p. 147).

[37] The Solicitor General, during legislative debate on the Act, confirmed that the creation of the SIU was a direct response to the recommendation of the Task Force. He stated that the government had listened to the concerns raised by the Task Force and that the Act “addresses the concern, heard by

C. *Origine et raison d'être de l'Unité des enquêtes spéciales*

[34] Avant d'interpréter le par. 7(1) du règlement, il est nécessaire de rappeler l'origine et la raison d'être du régime législatif, ce qui nous fournira le contexte nécessaire à l'analyse qui suit.

(1) Création de l'Unité des enquêtes spéciales

[35] Avant la création de l'UES, l'incident au cours duquel un agent de police avait causé des blessures graves ou un décès était l'objet d'une enquête menée par la police (A. Marin, *Une surveillance imperceptible : Enquête sur l'efficacité et la crédibilité des opérations de l'Unité des enquêtes spéciales* (2008), par. 23). Cette situation a changé en 1990, au moment de l'adoption de la Loi qui a constitué l'UES.

[36] L'UES a été créée dans la foulée de la publication, en 1989, d'un rapport du Groupe d'étude entre la police et les minorités raciales (*Report of the Race Relations and Policing Task Force* (1989)). Le Groupe d'étude avait été mis sur pied par le gouvernement provincial à la suite du décès par balle de deux citoyens ontariens de race noire lors d'une intervention policière en 1988. Ce rapport présentait une foule de recommandations, notamment celle de créer une [TRADUCTION] « équipe d'enquête » composée en partie de civils et chargée de « faire enquête sur les décès par balle causés par des policiers » dans la province (p. 150). Le Groupe d'étude a recommandé la participation de civils aux enquêtes sur des policiers, parce qu'à son avis, la pratique suivant laquelle « la police enquête sur la police » ne permettait pas de « répondre aux attentes du public en matière d'impartialité » et contribuait à « miner sérieusement la confiance du public » (p. 147).

[37] Lors du débat précédant l'adoption de la Loi, le solliciteur général a confirmé que l'UES se voulait une réponse directe à la recommandation du Groupe d'étude. Il a affirmé que le gouvernement avait prêté l'oreille aux préoccupations soulevées par le Groupe d'étude et que la Loi [TRADUCTION] « répond aux

the general public, of police investigating police” (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., May 17, 1990, at p. 1318).

(2) The Creation of the Regulation

[38] The SIU operated without a regulation governing the conduct of its investigations until 1998 when O. Reg. 673/98, the predecessor to the regulation at issue in this appeal, was adopted following another government report. In 1997, the Honourable G. W. Adams was appointed by the government to consult with community and police organizations and to make consensus-based recommendations for improving the relationship between the SIU and the police.

[39] Mr. Adams released his report in 1998 (*Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit* (1998) (“Adams 1998”). In his report, Mr. Adams recognized that SIU investigations had to be carried out in a “transparent manner” and that “any deviation from what is understood to be standard investigation practices undermines public confidence” (p. 4). The report contained 25 recommendations that were intended to provide the standard investigatory practices necessary to ensure public confidence in these investigations. Chief among them was the creation of a comprehensive regulation to govern SIU investigations.

[40] The various provisions of O. Reg. 673/98 — and certainly the key ones — tracked Mr. Adams’ recommendations. Indeed, Mr. Adams can fairly be described as the father of the SIU’s governing regulation. All of the following provisions of O. Reg. 673/98 can be traced back to his recommendations:

- section 1 of the regulation distinguished between subject and witness officers (recommendation 9);
- section 3 required the police to immediately notify the SIU of an incident triggering its jurisdiction (recommendation 4);

préoccupations exprimées, au sein de la population en général, au sujet de la pratique suivant laquelle la police enquête sur la police » (Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 2^e sess., 34^e lég., 17 mai 1990, p. 1318).

(2) Adoption du règlement

[38] L’UES a mené ses enquêtes sans être assujettie à un règlement jusqu’en 1998, alors que le règlement de l’Ontario 673/98, le prédécesseur du règlement en litige dans le présent appel, a été pris dans la foulée d’un autre rapport gouvernemental. En 1997, l’honorable G. W. Adams avait été nommé par le gouvernement pour mener des consultations auprès d’organismes communautaires et d’associations de policiers et pour formuler des recommandations consensuelles en vue d’améliorer les rapports entre l’UES et la police.

[39] Le rapport de M. Adams a paru en 1998 (*Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit* (1998) (« rapport Adams de 1998 »)). Il reconnaissait que les enquêtes de l’UES devaient se dérouler [TRADUCTION] « de manière transparente » et que « tout écart par rapport aux techniques d’enquête normales a pour effet de miner la confiance du public » (p. 4). Il présentait 25 recommandations énumérant les techniques d’enquête normales nécessaires pour assurer la confiance du public à l’égard des enquêtes de l’UES. L’une de ses principales recommandations portait sur l’adoption d’un règlement exhaustif pour encadrer ces enquêtes.

[40] Les diverses dispositions du règlement 673/98 — et sans conteste les principales — étaient inspirées des recommandations formulées par M. Adams. On peut d’ailleurs à juste titre qualifier M. Adams de père du règlement régissant l’UES. L’origine des dispositions suivantes du règlement 673/98 remonte à ses recommandations :

- l’article 1 établit une distinction entre l’agent impliqué et l’agent témoin (recommandation 9);
- l’article 3 oblige la police à aviser immédiatement l’UES de tout incident faisant intervenir la compétence de cette dernière (recommandation 4);

- section 4 required the police to secure the scene of the incident until the SIU's arrival (recommendation 6);
 - section 5 provided that the SIU was to be the lead investigator (recommendation 7);
 - section 6 required witness and subject officers to be segregated until the completion of their SIU interviews (recommendation 8);
 - section 7 provided an entitlement to consult with counsel (recommendation 11);
 - section 8 required witness officers to submit to SIU interviews forthwith (recommendation 12);
 - section 9 required officers to complete their notes on the incident in accordance with their duty (recommendation 14);
 - section 11 required chiefs of police to also conduct an investigation into the incident (recommendation 15); and
 - sections 12 and 13 regulated public statements by the police and the SIU (recommendation 17).
- l'article 4 oblige la police à protéger les lieux de l'incident jusqu'à l'arrivée de l'UES (recommandation 6);
 - l'article 5 dispose que l'UES est l'enquêteur en chef (recommandation 7);
 - l'article 6 exige que l'agent témoin et l'agent impliqué soient isolés l'un de l'autre tant que l'UES n'a pas terminé ses entrevues (recommandation 8);
 - l'article 7 reconnaît le droit de l'agent de police de consulter un avocat (recommandation 11);
 - l'article 8 oblige l'agent témoin à acquiescer à toute demande d'entrevue de l'UES sans délai (recommandation 12);
 - l'article 9 oblige l'agent à rédiger des notes sur l'incident conformément à son obligation (recommandation 14);
 - l'article 11 oblige le chef de police à faire également mener une enquête sur l'incident (recommandation 15);
 - les articles 12 et 13 portent sur les déclarations publiques que la police et l'UES peuvent faire (recommandation 17).

[41] O. Reg. 673/98 was never amended and remained in force until 2010. In 2010, it was revoked and O. Reg. 267/10, the regulation at issue in this case, came into force. Little of O. Reg. 673/98, however, was modified as a result of this change.¹ The s. 7(1) entitlement to counsel and the s. 9 duty to make notes, which are at the centre of this appeal, were worded identically in both regulations.

[41] Le règlement 673/98 n'a jamais été modifié et il est demeuré en vigueur jusqu'à son abrogation en 2010, année où le Règl. de l'Ont. 267/10, le règlement en litige dans la présente affaire, est entré en vigueur. Ce dernier reprend toutefois presque intégralement le règlement 673/98¹. Les dispositions qui reconnaissent le droit à un avocat (par. 7(1)) et l'obligation de prendre des notes (art. 9), qui sont au cœur du présent pourvoi, sont identiques dans les deux textes.

¹ The new regulation added two subsections to s. 1, clarified s. 8(2), expanded on the s. 12 prohibition on police disclosure of information relating to SIU investigations, added translations to the definitions section, and added marginal notes. Aside from these changes, the regulation's wording was identical to O. Reg. 673/98.

¹ Le nouveau règlement ajoute deux paragraphes à l'article premier, clarifie le par. 8(2), élargit la portée de l'interdiction prévue à l'art. 12 en ce qui concerne la divulgation par la police de renseignements sur l'enquête de l'UES et ajoute la traduction des termes définis, ainsi que quelques notes marginales. Exception faite de ces modifications, le nouveau texte reprend intégralement le règlement 673/98.

[42] Since 2010, ss. 7 and 9 of the regulation were amended in O. Reg. 283/11, while this case was pending in the Court of Appeal, following a brief report by the Honourable P. J. LeSage (*Report regarding SIU Issues* (2011)). Mr. LeSage had been asked to “review some issues that [had] arisen over the last few years” in SIU investigations (p. 1).

[43] In his report, Mr. LeSage recommended four amendments to the regulation, three of which were implemented in 2011: that officers involved in the incident be forbidden from communicating *directly or indirectly* with other officers involved in the incident during SIU investigations (p. 2; s. 6(2)); that witness officers not be represented by the same counsel as subject officers (p. 2; s. 7(3)); and that notes be completed by the end of an officer’s tour of duty, except where excused by the chief of police (p. 2; s. 9(5)).² Mr. LeSage’s report was silent on the issue of police officers consulting with counsel before making their notes.

(3) Conclusion on the Purpose of the Special Investigations Unit

[44] In establishing the SIU, the legislature intended to create an independent and transparent investigative body for the purpose of maintaining public confidence in the police and the justice system as a whole. This was the rationale for the Task Force’s recommendation, and it was explicitly adopted by the government of the day when the Act was enacted. The regulation was created to facilitate this purpose. It provided a regulatory framework designed to ensure that the SIU could conduct its investigations in an independent and transparent fashion.

² Mr. LeSage’s report did not provide any explanation for these recommendations. His fourth recommendation is unrelated to the issue at hand.

[42] Depuis 2010, les art. 7 et 9 du règlement ont été modifiés par le Règl. de l’Ont. 283/11, alors que la présente affaire était en instance devant la Cour d’appel. Cette modification faisait suite au bref rapport publié par l’honorable P. J. LeSage (*Rapport sur des questions concernant l’UES* (2011)). M. LeSage s’était vu confier le soin « d’examiner quelques questions qui [avaient] surgi ces dernières années » relativement aux enquêtes menées par l’UES (p. 2).

[43] M. LeSage recommandait quatre modifications au règlement, dont trois ont été adoptées en 2011, à savoir : qu’il soit interdit aux agents en cause dans l’incident de communiquer *directement ou indirectement* avec un autre agent de police en cause dans l’incident au cours de l’enquête de l’UES (p. 3; par. 6(2)), que les agents témoins ne puissent pas être représentés par le même avocat que les agents qui font l’objet d’une enquête (p. 3; par. 7(3)) et, enfin, que l’agent ait terminé la rédaction de ses notes avant la fin de sa période de service, sous réserve d’une autorisation contraire du chef de police (p. 3; par. 9(5)).² Le rapport de M. LeSage était muet sur la question de la consultation d’un avocat avant la rédaction des notes.

(3) Conclusion sur la raison d’être de l’UES

[44] En constituant l’UES, le législateur entendait créer un organisme d’enquête indépendant et transparent dans le but de maintenir la confiance du public à l’égard de la police et du système de justice dans son ensemble. C’était là l’objet de la recommandation du Groupe d’étude, et celle-ci a été explicitement suivie par le gouvernement au pouvoir quand il a adopté la Loi. Le règlement a pour objet de faciliter la réalisation de cet objectif. Son cadre réglementaire vise à assurer à l’UES la capacité de mener ses enquêtes de manière indépendante et transparente.

² Le rapport de M. LeSage n’explique pas ses recommandations. Sa quatrième recommandation ne concerne pas la question en litige.

D. *Interpreting the Section 7(1) Entitlement to Counsel*

[45] As indicated, this appeal turns on the proper interpretation of s. 7(1) of the regulation, which reads in relevant part:

. . . every police officer is entitled to consult with legal counsel or a representative of a police association and to have legal counsel or a representative of a police association present during his or her interview with the SIU.

[46] The Officers urge an expansive interpretation of s. 7(1). They argue that s. 7(1) provides two distinct entitlements to counsel. First, officers are entitled to “consult” with counsel. Second, they are entitled to have counsel “present” during their interview with the SIU. The right to “consult” with counsel is said to be a freestanding right that includes the right to consult with counsel in the preparation of notes.

[47] With respect, I cannot accept this submission. Read in its entire context, s. 7(1) does not provide a freestanding entitlement to consult with counsel at the note-making stage. I reach this conclusion for three reasons. First, consultation with counsel at the note-making stage is antithetical to the dominant purpose of the legislative scheme because it risks eroding the public confidence that the SIU process was meant to foster. Second, the legislative history demonstrates that s. 7(1) was never intended to create a freestanding entitlement to consult with counsel that extended to the note-making stage. Third, consulting with counsel at the note-making stage impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed and comprehensive notes in accordance with their duty under s. 9 of the regulation.

(1) The Purpose of the Legislative Scheme

[48] The SIU was born out of a crisis in public confidence. Whether or not police investigations

D. *Interprétation du droit à un avocat prévu au par. 7(1)*

[45] Comme il est indiqué précédemment, le présent pourvoi porte sur l’interprétation qu’il convient de donner au par. 7(1) du règlement. Le passage pertinent est ainsi rédigé :

. . . l’agent de police a le droit de consulter un avocat ou un représentant d’une association de policiers et a droit à la présence d’un avocat ou d’un représentant d’une telle association pendant son entrevue avec l’UES.

[46] Les agents exhortent la Cour à donner une interprétation large à cette disposition. Ils soutiennent qu’elle reconnaît deux droits distincts. En premier lieu, les agents pourraient « consulter » un avocat et, en second lieu, bénéficier de la « présence » d’un avocat au cours de leur entrevue avec l’UES. Selon eux, le droit de « consulter » un avocat constituerait un droit autonome, qui englobe la consultation juridique pendant la rédaction des notes.

[47] En toute déférence, je ne puis retenir cet argument. Lorsqu’on le lit dans son contexte global, on constate que le par. 7(1) ne confère pas aux agents un droit autonome à la consultation d’un avocat à l’étape de la prise de notes. J’en arrive à cette conclusion pour trois raisons. Premièrement, reconnaître un droit de consulter un avocat à l’étape de la prise de notes contrecarrerait l’objet principal du régime législatif, car l’exercice d’un tel droit risque de miner la confiance du public que l’UES était censée favoriser. Deuxièmement, l’historique législatif démontre que le par. 7(1) n’était jamais censé créer un droit autonome à la consultation d’un avocat à l’étape de la rédaction des notes. Troisièmement, consulter un avocat à cette étape empêcherait les agents de police de rédiger des notes précises, détaillées et exhaustives conformément à leur obligation comme l’exige l’art. 9 du règlement.

(1) Raison d’être du régime législatif

[48] L’UES a vu le jour en réponse à un déficit de confiance publique. Que les enquêtes policières

conducted into fatal police shootings in the 1980s were actually biased, the public did not perceive them to be impartial (see, e.g., Task Force Report). This history teaches us that appearances matter. Indeed, it is an oft-repeated but jealously guarded precept of our legal system that “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done” (*R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259, *per* Lord Hewart C.J.). And that is especially so in this context, where the community’s confidence in the police hangs in the balance.

[49] The legislative scheme is designed to foster public confidence by specifically combating the problem of appearances that flowed from the old system of “police investigating police”. The problem under that system, of course, was that it created the unavoidable *appearance* that officers were “protecting their own” at the expense of impartial investigations. The legislature deemed this appearance unacceptable and created the SIU to guard against it by placing investigations of the police in the hands of civilians.

[50] The difficulty with allowing officers to fully consult with counsel at the note-making stage is that it creates an “appearances problem” similar to the one that the SIU was created to overcome. A reasonable member of the public would naturally question whether counsel’s assistance at the note-making stage is sought by officers to help them fulfill their duties as police officers, or if it is instead sought, in their self-interest, to protect themselves and their colleagues from the potential liability of an adverse SIU investigation. Given that solicitor-client privilege attaches to these discussions, the public’s unease is unanswerable.

[51] In this regard, the facts of the Schaeffer investigation are especially troubling. Both officers completed their notes only after their lawyer had reviewed their draft notes. Neither officer ever provided their original draft notes, which, of course,

sur les décès par balle causés par des policiers au cours des années 80 aient été effectivement biaisées ou non, selon l’idée que s’en faisait le public, ces enquêtes n’étaient pas impartiales (voir, p. ex., le rapport du Groupe d’étude), ce qui démontre l’importance des apparences. D’ailleurs, dans notre système de justice, suivant un précepte souvent répété et jalousement protégé : [TRADUCTION] « il est essentiel que, non seulement justice soit rendue, mais qu’il y a aussi apparence manifeste et indubitable que justice a été rendue » (*R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259, le juge en chef lord Hewart). Ce principe est d’autant plus important dans le présent contexte où il y va de la confiance publique à l’égard de la police.

[49] Le régime législatif vise à favoriser la confiance du public en remédiant expressément au problème d’apparences résultant de l’ancien système où « la police enquête sur la police ». Le problème de ce système était, évidemment, qu’il donnait inévitablement l’apparence que la police « protégeait les siens », et ce, aux dépens de l’impartialité de l’enquête. Estimant de telles apparences inacceptables, le législateur a créé l’UES pour les dissiper en confiant les enquêtes sur les policiers à des civils.

[50] Autoriser les agents à consulter sans restriction un avocat à l’étape de la prise de notes créerait un « problème d’apparences » semblable à celui qui a motivé la création de l’UES. Ainsi, tout citoyen raisonnable pourrait à juste titre se demander si l’agent recourt à l’assistance d’un avocat à l’étape de la prise de notes pour l’aider à s’acquitter de ses obligations professionnelles ou s’il le fait plutôt dans son intérêt personnel pour se protéger et protéger ses collègues contre une conclusion accablante de la part de l’UES à l’issue de l’enquête. Les conversations ainsi échangées étant protégées par le secret professionnel, le malaise du public ne peut guère être dissipé.

[51] À cet égard, les faits de l’enquête sur la mort de M. Schaeffer sont particulièrement troublants. Les deux agents n’ont terminé leurs notes qu’après que leur avocat en a examiné l’ébauche. Ni l’un ni l’autre n’en avait soumis à l’UES la première

were shielded behind solicitor-client privilege, to the SIU. The public has no way of knowing what counsel's role was. The SIU Director, however, concluded that he had no information from which he could base his conclusion as to what happened in the death of Mr. Schaeffer as a result of counsel's involvement. Surely this is not the stuff out of which public confidence is built.

[52] It seems fitting to recall here that Sir Robert Peel, the father of modern policing, is credited with having said that “the police are the public and . . . the public are the police” (C. Reith, *The Blind Eye of History: a study of the origins of the present Police era* (1975), at p. 163). The wisdom of this statement lies in its recognition that public trust in the police is, and always must be, of paramount concern. This concern requires that officers prepare their notes without the assistance of counsel. Consultations with counsel during the note-making stage are antithetical to the very purpose of the legislative scheme — and for that reason, they must be rejected.

(2) The Intended Scope of the Section 7(1) Entitlement to Counsel

[53] My conclusion that s. 7(1) has no application at the note-making stage is supported by the regulation's legislative history. When this history is considered, it is apparent that the provision was never meant to provide an entitlement to counsel at the note-making stage.

[54] Section 7(1) of the regulation flows from Mr. Adam's 1998 report. As such, the report provides cogent evidence of the intended scope of the s. 7(1) entitlement to consult counsel — an observation with which the Officers agree. Indeed, in oral argument, they stressed the fact that Mr. Adams had engaged in “literally . . . hundreds of consultations” with interested parties, including “virtually every police force”, and that the Attorney General, after reviewing the report, had “created the legislation based upon the framework suggested [by Mr. Adams] as a result of that consensus” (transcript, at pp. 6-7). Recommendation 11 of the Adams

version, version qui était évidemment protégée par le secret professionnel de l'avocat. Il est impossible pour le public de savoir quel rôle l'avocat a joué. Le directeur de l'UES a toutefois conclu qu'en raison de la participation de l'avocat, il ne disposait d'aucune information lui permettant de tirer des conclusions au sujet du décès de M. Schaeffer. Manifestement, il n'y a rien là qui favorise la confiance du public.

[52] Il semble opportun de rappeler ici que l'on attribue au père des principes modernes en matière de services policiers, sir Robert Peel, l'idée que [TRADUCTION] « la police, c'est le public, et [. . .] le public, c'est la police » (C. Reith, *The Blind Eye of History : a study of the origins of the present Police era* (1975), p. 163). La sagesse de cette observation réside dans le fait qu'elle reconnaît l'importance primordiale que revêt et que devrait toujours revêtir la confiance du public envers la police. C'est pourquoi les agents de police devraient rédiger leurs notes sans l'aide d'un avocat. La possibilité de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes est à l'antipode de l'objet même du régime législatif et, pour cette raison, cette thèse doit être écartée.

(2) Portée du droit à un avocat prévu au par. 7(1)

[53] Ma conclusion suivant laquelle le par. 7(1) ne s'applique pas à l'étape de la prise de notes s'appuie sur l'historique de l'élaboration du règlement. Il en ressort clairement que la disposition n'a jamais eu pour objet de prévoir le droit à un avocat à l'étape de la prise de notes.

[54] Le paragraphe 7(1) du règlement découle du rapport publié en 1998 par M. Adams. Ce rapport nous éclaire sur la portée que l'on entendait donner au droit de consulter un avocat prévu au par. 7(1), ce que les agents reconnaissent en l'espèce. D'ailleurs, lors des débats, ils ont souligné le fait que M. Adams avait procédé à [TRADUCTION] « littéralement [. . .] des centaines de consultations » avec les groupes intéressés, y compris « pratiquement chaque corps policier » et qu'après avoir examiné le rapport, le procureur général avait « élaboré le texte de loi en s'inspirant du cadre proposé [par M. Adams] à partir du consensus recensé » (transcription, p. 6-7).

1998 report dealt with the entitlement to counsel and read as follows:

The regulation should stipulate that an officer is entitled to representation by legal counsel and/or a police association, provided the availability of such advisors will not lead to an unwarranted delay. [p. 91]

[55] The discussion surrounding this recommendation centred on an officer's entitlement to have counsel at the SIU interview. As the report notes:

There was . . . broad agreement that an officer was entitled to legal and police association representation at SIU interviews, provided such representation did not result in unwarranted delay. [p. 90]

In contrast, there is no discussion of a role for counsel at the note-making stage, let alone a recommendation that officers should be entitled to consult with counsel when making their notes.

[56] In 2003, Mr. Adams released a second report, after having been appointed by the Attorney General to evaluate the implementation of his 1998 recommendations (*Review Report on the Special Investigations Unit Reforms* (2003) ("Adams 2003")). Mr. Adams commented specifically on the implementation of the recommendation that officers be entitled to representation by counsel:

This recommendation has been implemented in s. 7 of the Regulation. Every police officer is entitled to have legal counsel or an association representative present during his or her interview. The SIU Director has the power to waive this right, if waiting for representation would cause an unreasonable delay. [Emphasis added; p. 51.]

[57] Again, no role for counsel at the note-making stage was mentioned. Indeed, later in the report, Mr. Adams observed that some officers had been receiving legal advice "to refrain from completing their notes until they [had] consulted with their lawyers". He described this practice as "very problematic" (p. 55).

La recommandation 11 du rapport Adams de 1998, sur le droit à un avocat, était ainsi libellée :

[TRADUCTION] Le règlement devrait préciser que l'agent a le droit d'être représenté par un conseiller juridique ou une association de policiers ou les deux, à condition que le laps de temps préalable à cette consultation ne retarde pas indûment le déroulement de l'enquête. [p. 91]

[55] L'analyse sous-tendant cette recommandation s'articulait autour du droit de l'agent à la présence d'un avocat à l'entrevue menée par l'UES. Pour reprendre les termes du rapport :

[TRADUCTION] Les personnes consultées s'entendaient [. . .] dans l'ensemble pour dire que l'agent avait le droit d'être représenté par un avocat ou un représentant d'une association de policiers pendant son entrevue avec l'UES, à condition que cette présence ne retarde pas indûment le déroulement de l'enquête. [p. 90]

En revanche, le rapport ne comporte aucune mention d'un quelconque rôle pour l'avocat à l'étape de la prise de notes, encore moins une recommandation visant à permettre aux agents de recourir à l'assistance d'un avocat à cette étape.

[56] En 2003, M. Adams a publié un second rapport après avoir été chargé par le procureur général d'évaluer la mise en œuvre de ses recommandations de 1998 (*Rapport d'étude sur les réformes de l'Unité des enquêtes spéciales* (2003) (« rapport Adams de 2003 »)). Il y commente la mise en œuvre de la recommandation portant sur le droit à un avocat :

Cette recommandation a été mise en œuvre dans l'article 7 du Règlement. Chaque agent de police peut être assisté d'un avocat ou d'un représentant de son association durant son interrogatoire. Le directeur de l'UES a les pouvoirs de suspendre ce droit si le fait d'attendre la présence d'un tel représentant entraîne un retard déraisonnable. [Je souligne; p. 58-59.]

[57] Là encore, aucun rôle pour l'avocat à l'étape de la prise de notes n'est mentionné. Par ailleurs, plus loin dans son rapport, M. Adams fait observer que des agents avaient reçu comme conseil juridique « de ne pas remplir leurs notes avant d'avoir consulté leurs avocats », ce qu'il qualifie de « très problématique » (p. 63).

[58] The interpretation of s. 7(1) proposed by the Officers fails to take account of this legislative history. As they themselves note, Mr. Adams' 1998 report resulted from a comprehensive process of consultation and analysis. Indeed, it is not an overstatement to say that his 25 recommendations *became* the regulation. Yet, in neither his 1998 report nor his 2003 report does Mr. Adams make mention of an entitlement to counsel at the note-making stage. I would have thought that if s. 7(1) was intended to permit such a contentious practice, it would have generated considerable discussion in Mr. Adams' comprehensive reports. The fact that no mention is made of it supports my opinion that s. 7(1) was never meant to provide an entitlement to counsel at the note-making stage.

[59] In so concluding, I have not ignored the Officers' argument regarding governmental inaction. In particular, they point out that, in the context of SIU investigations, the government has long been aware of the practice of officers consulting with counsel prior to preparing their notes. Mr. Adams observed the problem in his 2003 report, and Mr. LeSage certainly would have been aware of it when he made his recommendations in 2011, after this case had been decided by the Superior Court. Yet the government did nothing to curtail the practice, despite making other changes to the regulatory framework in 2010 and 2011. The Officers argue that it can be inferred from this that the government intended and still intends to permit this practice under the regulation (A.F., at para. 64).

[60] With respect, I do not agree. In this case, governmental inaction provides no meaningful insight into the intended scope of the s. 7(1) entitlement to counsel. It is only if we start from the position that s. 7(1) allows consultation with counsel at the note-making stage that we can infer from governmental inaction that the government intended — and is content with — the current practice. If, however, we assume that s. 7(1) does not and never did permit consultation with counsel at the note-making stage, one can just as readily infer that the government has taken no action because none was needed. The government is not required to amend regulations to forbid practices that are already inconsistent with the

[58] L'interprétation du par. 7(1) proposée par les agents ne tient pas compte de l'historique de l'élaboration du règlement. Comme ils l'ont eux-mêmes fait observer, le rapport Adams de 1998 résultait de consultations et d'une analyse exhaustives. En fait, il ne serait pas exagéré de dire que ses 25 recommandations sont *devenues* le règlement. Et pourtant, ni dans son rapport de 1998, ni dans celui de 2003, ne mentionne-t-il un quelconque droit à l'avocat à l'étape de la prise de notes. À mon avis, si le par. 7(1) avait pour objet de permettre pareille pratique litigieuse, les rapports complets de M. Adams en diraient long à ce sujet. Le fait qu'ils soient muets sur ce point me renforce dans mon opinion que cette disposition n'était jamais censée permettre de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes.

[59] Avant d'en arriver à cette conclusion, j'ai bel et bien tenu compte de l'argument des agents au sujet de l'inaction du gouvernement. En particulier, ils soulignent que, s'agissant des enquêtes de l'UES, le gouvernement est au courant depuis longtemps de la pratique qui consiste pour l'agent à consulter un avocat avant de rédiger ses notes. M. Adams avait signalé ce problème dans son rapport de 2003 et M. LeSage était certainement au courant de ce fait lorsqu'il a formulé sa recommandation en 2011 après que la Cour supérieure a rendu son jugement dans la présente affaire. Pourtant, le gouvernement n'a rien fait pour mettre fin à cette pratique, même s'il a apporté d'autres changements au cadre réglementaire en 2010 et en 2011. Selon les agents, on peut en déduire qu'il entendait et entend toujours que le règlement la permette (m.a., par. 64).

[60] Je ne puis, en toute déférence, accepter ce point de vue. Dans le cas qui nous occupe, l'inaction du gouvernement ne nous aide guère à comprendre la portée que l'on entendait donner au droit à l'avocat reconnu au par. 7(1). Ce n'est qu'en partant du principe que le par. 7(1) permet de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes qu'on puisse déduire de l'inaction du gouvernement que celui-ci souhaitait l'usage actuel ou n'y voit aucun inconvénient. Si l'on présume toutefois que le par. 7(1) ne permet pas et n'a jamais permis de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes, on peut tout aussi aisément en conclure que le gouvernement n'a pris aucune mesure parce qu'aucune

legislative scheme. Viewed in this way, the Officers' argument does not tip the scale one way or another.

(3) Avoiding a Conflict With The Duty to Make Notes

[61] My conclusion that s. 7(1) was never meant to provide an entitlement to consult with counsel at the note-making stage is reinforced when the duty to make notes, as recognized in s. 9, is considered. Consultation with counsel during the note-making process impinges on the ability of police officers to comply with that duty.

(a) *The Duty to Make Notes Generally*

[62] Sections 9(1) and 9(3) of the regulation require witness and subject officers to “complete in full the notes on the incident in accordance with [their] duty”. The regulation does not define the duty to make notes. Nor does the Act, which provides a non-exhaustive list of the “duties of a police officer” in s. 42, including, for example, preserving the peace, laying charges and participating in prosecutions, and performing the lawful duties that the chief of police assigns.

[63] Although it is common ground among the parties that the duties of a police officer include a duty to make notes on the events that transpire during the officer's tour of duty, I recognize that neither side points to a definitive statement of this Court holding as much.³

³ At least one lower court, however, has given the matter thoughtful consideration and arrived at that conclusion; see *R. v. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128, at para. 42. Other courts have simply stated that such a duty exists, without significant analysis; see, e.g., *R. v. Zack*, [1999] O.J. No. 5747 (QL) (Ct. J.), at para. 6; *R. v. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII), at para. 28. I note that this Court also observed recently that “notes of how a search is conducted should . . . be kept, absent unusual or exigent circumstances” (*R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 70).

n'était nécessaire. Le gouvernement n'a pas à modifier un règlement pour interdire une pratique qui est déjà incompatible avec le régime législatif. Envisagé sous cet angle, l'argument des agents ne fait pencher la balance ni d'un côté ni de l'autre.

(3) Éviter un conflit avec l'obligation de prendre des notes

[61] Ma conclusion que le par. 7(1) n'était jamais censé prévoir le droit de consulter un avocat à l'étape de la prise de notes est appuyée par l'obligation à l'art. 9 de prendre les notes. Le fait de consulter un avocat à cette étape entraverait la capacité des agents de se conformer à cette obligation.

a) *Obligation générale de prendre des notes*

[62] Les paragraphes 9(1) et 9(3) du règlement obligent l'agent témoin et l'agent impliqué à rédiger « des notes complètes sur l'incident conformément à [leur] obligation ». Le règlement ne définit pas l'obligation de rédiger des notes, pas plus que la Loi, qui fournit une liste non exhaustive des « [fonctions d'un] agent de police » à l'art. 42 et précise que l'agent de police a notamment pour fonctions de préserver la paix, de porter des accusations et de participer à des poursuites et d'exercer les fonctions légitimes que le chef de police lui confie.

[63] Bien qu'il soit acquis aux débats que, dans le cadre de ses fonctions, l'agent est notamment tenu de prendre des notes au sujet des faits survenus au cours de sa période de service, je constate qu'aucune des parties ne renvoie à un extrait décisif d'un arrêt de la Cour en ce sens³.

³ Au moins une juridiction inférieure a toutefois examiné attentivement la question et est arrivée à cette conclusion; voir *R. c. Bailey*, 2005 ABPC 61, 49 Alta. L.R. (4th) 128, par. 42. D'autres tribunaux ont simplement affirmé que cette obligation existait, sans approfondir l'analyse; voir, p. ex., *R. c. Zack*, [1999] O.J. No. 5747 (QL) (C.J.), par. 6; *R. c. Stewart*, 2012 ONCJ 298 (CanLII), par. 28. Je relève que la Cour a récemment fait observer que « les policiers devraient [. . .] prendre des notes sur la façon dont la fouille est effectuée, sauf en cas de situations pressantes ou inhabituelles » (*R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 70).

[64] However, reports by experienced jurists have concluded that such a duty exists. For example, in their 1993 report to the Attorney General of Ontario on charge screening, disclosure, and resolution discussions, a committee made up of experienced counsel and police officers and led by the Honourable G. A. Martin, observed that:

. . . the duty to make careful notes pertaining to an investigation is an important part of the investigator's broader duty to ensure that those who commit crimes are held accountable for them.

. . . inadequate note-taking, while it can hamper the conduct of the defence, also risks hampering an investigation and/or a prosecution. In short, inadequate note-taking does a disservice to both an accused and the community, [which] is entitled to expect that innocent people will be acquitted and guilty people properly convicted. [Emphasis added.]

(Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions (1993) ("Martin Committee"), at pp. 151 and 153)

[65] In another instance, the Honourable R. E. Salhany considered the significance of police notes in the course of a public inquiry into a death caused by an off-duty officer. He explained the importance of notes in this way:

[Note-making] is not a burdensome task that police officers must reluctantly undertake because they were taught to do so at their police college. It is an integral part of a successful investigation and prosecution of an accused. It is as important as obtaining an incriminating statement, discovering incriminating exhibits or locating helpful witnesses. The preparation of accurate, detailed and comprehensive notes as soon as possible after an event has been investigated is the duty and responsibility of a competent investigator. [Emphasis added.]

(Report of the Taman Inquiry (2008), at p. 133)

[64] Des juristes chevronnés se sont toutefois prononcés en faveur de l'existence de cette obligation. Par exemple, dans le rapport qu'il a soumis en 1993 au procureur général de l'Ontario sur le filtrage des accusations, la communication de la preuve et les discussions en vue d'un règlement, un comité constitué d'avocats et de policiers expérimentés dirigés par l'honorable G. A. Martin fait observer :

[TRADUCTION] . . . l'obligation de rédiger des notes soignées en rapport avec une enquête constitue un aspect important de l'obligation générale de l'enquêteur de veiller à ce que ceux qui commettent des crimes soient tenus responsables.

. . . le policier qui prend des notes inadéquates, en plus de risquer de compromettre le déroulement de la défense, risque également de nuire au déroulement de l'enquête ou du procès. Bref, c'est rendre un bien mauvais service tant à l'accusé qu'à la collectivité, qui a le droit de s'attendre à ce que les innocents soient acquittés et les coupables dûment condamnés. [Je souligne.]

(Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions (1993) (« Comité Martin »), p. 151 et 153)

[65] L'honorable R. E. Salhany s'est aussi penché sur l'importance des notes prises par les policiers au cours d'une enquête publique menée sur un décès causé par un agent qui n'était pas de service. Il a expliqué ainsi l'importance des notes :

[TRADUCTION] [La prise de notes] n'est pas une tâche fastidieuse à laquelle les policiers doivent s'astreindre à contrecœur parce que c'est ce qu'on leur a enseigné à l'école de police. Elle fait partie intégrante de l'enquête et du procès. Elle revêt autant d'importance que l'obtention d'une déclaration incriminante, la découverte de pièces à conviction ou la recherche de témoins utiles. Tout enquêteur compétent a le devoir et la responsabilité de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives dès que possible après qu'un incident fait l'objet d'une enquête. [Je souligne.]

(Report of the Taman Inquiry (2008), p. 133)

[66] These conclusions, in my view, stand on firm ground. The importance of police notes to the criminal justice system is obvious. As Mr. Martin observed of properly-made notes:

The notes of an investigator are often the most immediate source of the evidence relevant to the commission of a crime. The notes may be closest to what the witness actually saw or experienced. As the earliest record created, they may be the most accurate. [p. 152]

[67] Against that background, I have little difficulty concluding that police officers do have a duty to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes as soon as practicable after an investigation. Drawing on the remarks of Mr. Martin, such a duty to prepare notes is, at a minimum, implicit in an officer's duty to assist in the laying of charges and in prosecutions — a duty that is explicitly recognized in s. 42(1)(e) of the Act.

[68] None of this, of course, comes as news to police officers. In this case, for example, OPP policy confirms the duty to make notes by requiring constables to record “concise, comprehensive particulars of each occurrence” during their tour of duty and to “make all original investigative notes . . . during an investigation or as soon thereafter practicable” (OPP Order 2.50, Member Note Taking, SIU Record, at pp. 48-52). More generally, police manuals have long emphasized the importance of accurate, detailed, and comprehensive notes; see, e.g., R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation* (7th ed. 1997), at pp. 270-78.

(b) *Consultation With Counsel and the Duty to Make Notes*

[69] The parties agree on the existence of the duty to make notes. Their dispute centers on whether

[66] Ces conclusions reposent selon moi sur des assises solides. L'importance que revêtent les notes prises par les policiers aux yeux du système de justice pénale est évidente. Pour reprendre les propos de M. Martin au sujet des notes bien rédigées :

[TRANSCRIPTION] Les notes de l'enquêteur constituent souvent la toute première source d'éléments de preuve concernant la perpétration d'un crime. Leur teneur se rapproche possiblement le plus de ce que le témoin a effectivement vu ou vécu. Comme elles représentent le premier constat dressé, elles sont susceptibles d'être le compte rendu le plus fidèle. [p. 152]

[67] Compte tenu de ce qui précède, c'est sans grande difficulté que je conclus que les policiers ont l'obligation de rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives dès que possible après l'enquête. M'inspirant des propos formulés par M. Martin, j'estime que l'obligation de rédiger des notes constitue, à tout le moins, un aspect implicite de l'obligation qu'a tout agent de police de faciliter le dépôt d'accusations et le déroulement des poursuites, une obligation qui est d'ailleurs expressément prévue à l'al. 42(1)e) de la Loi.

[68] Il n'y a évidemment rien de nouveau dans tout cela pour les agents. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, la politique de l'OPP vient confirmer l'existence de l'obligation de prendre des notes, les agents étant tenus à consigner [TRANSCRIPTION] « de façon concise et exhaustive les détails de chaque incident » survenu au cours de leur période de service et de « prendre toutes les notes d'enquête originales [. . .] au cours de l'enquête ou dès que possible après celle-ci » (Ordonnance 2.50 de l'OPP, Member Note Taking, dossier de l'UES, p. 48-52). De façon plus générale, les guides à l'intention des policiers soulignent depuis longtemps l'importance des notes exactes, détaillées et exhaustives; voir, p. ex., R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation* (7^e éd. 1997), p. 270-278.

(b) *Consultation d'un avocat et obligation de prendre des notes*

[69] Les parties s'entendent sur l'existence d'une obligation de prendre des notes. Leur différend

consultation with counsel is consistent with that duty. Specifically, the issue is whether talking to a lawyer before preparing one's notes impinges on the ability of police officers to prepare accurate, detailed, and comprehensive notes in accordance with their duty under s. 9 of the regulation.

[70] The SIU Director argues that consulting with counsel risks undermining the independence and timeliness of officer notes. The Officers' response is that the regulation provides a complete answer to concerns about timeliness, and that consulting with counsel at the note-making stage does not interfere with the independence of notes because counsel can be trusted to act with integrity and not impinge on the note-making process.

[71] With respect, I do not find the SIU Director's concerns decisive. The regulation has been amended to ensure that notes are completed in a timely fashion (see s. 9(5)). And as far as independence is concerned, although I acknowledge the possibility of some risk, I am not prepared to find that consultation with counsel would, in fact, undermine the *independence* of a witness or subject officer's account. Such a conclusion is inconsistent with the position of trust counsel rightly enjoy in our justice system.

[72] But that does not end the matter. In my view, the expansive right of consultation urged by the Officers remains problematic. To be precise, it creates a real risk that *the focus* of an officer's notes will shift away from his or her *public duty* under s. 9, i.e. making accurate, detailed, and comprehensive notes, and move toward his or her *private interest*, i.e. justifying what has taken place — the net effect being a failure to comply with the requirements of the s. 9 duty.

[73] The Officers, it must be recalled, contend that s. 7(1) creates a broad right to counsel. They argue that it provides “full consultation with counsel before notes are completed and the interview process is even engaged” (A.F., at para. 56 (emphasis added)). They further contend that the

porte sur la question de savoir si la consultation d'un avocat est conforme à cette obligation. Plus précisément, le fait pour un policier de consulter un avocat avant de rédiger ses notes l'empêche-t-il de prendre des notes exactes, détaillées et exhaustives conformément à son obligation comme l'exige l'art. 9 du règlement?

[70] Le directeur de l'UES fait valoir que le fait pour l'agent de consulter un avocat risque de miner l'impartialité de ses notes et d'en retarder la rédaction. Les agents répondent que le règlement pare à toute préoccupation concernant les lenteurs. Ils ajoutent que consulter un avocat à l'étape de la rédaction de notes ne compromet pas le caractère impartial de ces dernières, car on peut compter sur les avocats pour agir avec intégrité et ne pas nuire au processus.

[71] À mon humble avis, les préoccupations formulées par le directeur de l'UES ne jouent pas. Le règlement a été modifié pour assurer la rédaction des notes en temps utile (par. 9(5)). En outre, bien que je reconnaisse l'existence d'un risque de partialité, je ne suis pas disposé à conclure que le fait de consulter un avocat nuirait effectivement à l'*impartialité* du compte rendu de l'agent témoin ou de l'agent impliqué. Pareille affirmation fait fi de la confiance dont jouissent à juste titre les avocats dans notre système de justice.

[72] Mais le débat n'est pas clôt pour autant. À mon avis, le droit de consultation élargi revendiqué par les agents demeure problématique. Plus particulièrement, il crée un risque réel que l'exercice soit *axé*, non pas sur le *devoir public* prévu à l'art. 9, à savoir rédiger des notes exactes, détaillées et exhaustives, mais sur la protection de l'*intérêt personnel* et serve à justifier le déroulement des événements. Il en résulterait un manquement aux prescriptions de l'art. 9.

[73] On se souviendra que, selon les agents, le par. 7(1) crée un droit général à l'avocat. Ils font valoir que cette disposition leur reconnaît le droit à des [TRADUCTION] « consultations complètes avec un avocat avant la rédaction des notes et avant que les entrevues ne commencent » (m.a., par. 56 (je

advice provided during the “full consultation” would cause the officer to “fully appreciate the importance of providing a comprehensive account which adresse[s] all factual and legal issues that would be of interest to the SIU, to the officer’s police service and to the public” (A.F., at para. 65 (emphasis added)) and lead to “enhanced” notes (transcript, at pp. 26-27 and 54).

[74] Manifestly, the “full consultation” envisioned by the Officers — geared towards creating a “comprehensive account” that addresses *all* of the “legal issues” of interest to the SIU — means that the private interests of the officer will be discussed. That is, the conversation will address the potential liability facing the officer and his colleagues and the possible justifications for what has occurred. The sort of advice one might expect to hear during this wide-ranging conversation is illustrated by an article in a police association newsletter written to police officers by a lawyer with significant experience in such cases:

Responding to SIU calls is not so much about what happened, but why it happened. It matters less that the suspect was punched, kicked or even shot than it does why. Note-making and report-drafting in the face of an SIU investigation are mostly about setting forth the reasons why you responded as you did.

The obvious needs to be said and said again: “He pointed the firearm at me and, fearing for my life and the life and safety of my fellow officers and members of the public, I fired at him several times.”

You will note that I said several times. Most people who discharge their firearm at an armed suspect are unsure how many times they fired, and equally unsure whether or not to admit it. In a world of admit and explain, it is crucial that you allow yourself some margin of error in your account so that later the SIU does not begin to doubt your credibility/reliability. [Emphasis added.]

(G. Clewley, “Officers and the SIU” (2009), 4 *The Back-Up* 25)

souligne)). Ils soutiennent en outre que les conseils prodigués au cours de ces « consultations complètes » aideraient les agents à « bien saisir à quel point il importe de soumettre un compte rendu exhaustif traitant l’ensemble des questions de droit et de fait susceptibles d’intéresser l’UES, le service de police auquel appartient l’agent et le public » (m.a., par. 65 (je souligne)), en vue de « l’amélioration » des notes (transcription, p. 26-27 et 54).

[74] Manifestement, les « consultations complètes » que conçoivent les agents — qui leur permettraient de produire [TRADUCTION] « un compte rendu exhaustif » traitant *l’ensemble* des « questions de droit » susceptibles d’intéresser l’UES — aborderont nécessairement l’intérêt personnel de l’agent. Autrement dit, la conversation portera sur la responsabilité éventuelle de l’agent et de ses collègues, ainsi que sur les explications pouvant être avancées. L’extrait suivant d’un article paru dans le bulletin d’information d’une association de policiers et écrit par un avocat possédant une vaste expérience dans le domaine illustre le type de conseils qu’une telle conversation tous azimuts est susceptible de générer :

[TRADUCTION] Votre participation à l’entrevue par l’UES concerne moins les faits que leur cause. Il importe moins de savoir que le suspect a reçu des coups de poing, des coups de pied ou même qu’il a été abattu que de savoir pourquoi. La prise de notes et la rédaction de rapports en préparation à une enquête de l’UES visent surtout à exposer les raisons pour lesquelles vous avez réagi comme vous l’avez fait.

Il est essentiel de répéter sans se lasser l’évidence : « Il a braqué son arme à feu sur moi et, craignant pour ma vie et pour la vie et la sécurité de mes collègues et des citoyens, j’ai tiré plusieurs coups sur lui. »

Remarquez que j’ai dit « plusieurs coups ». La plupart des gens qui déchargent leur arme à feu contre un suspect armé ne sauraient dire combien de coups ils ont tirés et hésitent à l’admettre. Dans un monde où mieux vaut admettre et expliquer, il est crucial de vous laisser une certaine marge de manœuvre dans votre récit pour éviter que l’UES ne mette plus tard en doute votre crédibilité ou votre fiabilité. [Je souligne.]

(G. Clewley, « Officers and the SIU » (2009), 4 *The Back-Up* 25)

[75] To be clear, there is nothing sinister about such discussions. Advising clients of their public duties *and their private interests* is the responsibility of competent counsel. As Sharpe J.A. observed, correctly in my view, “[a] lawyer would only be doing his or her job in providing the police officer with information as to the ingredients of an offence or possible legal defence” (para. 73).

[76] But therein lies the risk to the fulfilment of the officer’s duty. The purpose of notes is not to explain or justify the facts, but simply to set them out. Indeed, until human ingenuity develops a technology that can record sights, sounds, smells, and touch, an officer’s notes are effectively the next best thing. In this regard, I note that the OPP Basic Constable Workbook instructs officers that:

Your notes are made from independent recollection and are your link to the past. They are there to assist you to gather the facts and details and to properly record events, observations and performances experienced during general duty functions and investigations. . . . [I]t is your responsibility to maintain an up-to-date record of what you have done, seen, heard, smelled, or touched during your tour of duty.

(Ontario Police College, *Basic Constable Training Program — Student Workbook* (2008), at p. 2 (SIU Record, at p. 7))

[77] Without imputing any ill will on the part of officers who seek legal advice or the lawyers who provide it, it would only be natural for officers to listen to the good advice of counsel, and it would not be surprising for the notes they prepare *after* this consultation to reflect that advice. But this creates a real risk that the focus of an officer’s notes will shift — perhaps overtly, perhaps more subtly — away from the rather mechanical recitation of *what* occurred (which is required by their duty) toward a more sophisticated explanation for *why* the incident occurred (which detracts from that duty).

[75] Soyons clairs : il n’y a rien de répréhensible à discuter de ces questions. L’avocat compétent a l’obligation d’informer son client tant de son devoir public *que de ses intérêts personnels*. Ainsi que le juge Sharpe l’a fait observer à juste titre selon moi : [TRADUCTION] « L’avocat ne fait que son travail lorsqu’il fournit à l’agent des renseignements sur les éléments constitutifs d’une infraction ou d’un éventuel moyen de défense prévu en droit » (par. 73).

[76] C’est en ce sens que l’agent risque de ne pouvoir faire son devoir. Les notes ont pour objet non pas d’expliquer ou de justifier les faits, mais de les exposer, simplement. D’ailleurs, tant que l’ingéniosité humaine n’aura pas donné naissance à une technologie qui permet d’enregistrer ce que l’agent perçoit par la vue, l’ouïe, l’odorat et le toucher, il faudra se rabattre sur ses notes. À cet égard, je constate que le manuel de base des agents de l’OPP donne les instructions suivantes aux agents :

[TRADUCTION] Vous devez rédiger vos notes de façon indépendante et à partir de ce dont vous vous souvenez personnellement. Vos notes constituent votre lien avec le passé. Elles visent à vous aider à rassembler les faits et les détails et à enregistrer correctement les événements, vos observations et les résultats dans le cadre de vos fonctions générales de service et des enquêtes. [. . .] [V]ous avez la responsabilité de maintenir à jour un relevé de ce que vous avez fait, vu, entendu, senti ou touché pendant votre période de service.

(Ontario Police College, *Basic Constable Training Program — Student Workbook* (2008), p. 2 (dossier de l’UES, p. 7))

[77] Loin de moi l’idée de prêter de mauvaises intentions aux agents qui cherchent à obtenir des conseils juridiques ou aux avocats qui en donnent. Il serait tout à fait normal que l’agent écoute les conseils judicieux de son avocat, et il ne serait pas étonnant que les notes qu’il rédige *après* cette consultation en tiennent compte. Il existe toutefois en pareil cas un risque réel que l’agent s’écarte — parfois d’une manière apparente, parfois subtilement — d’un exposé mécanique des *faits* — ce qu’exige son devoir — et se livre plutôt à des explications plus subtiles des *causes* de l’incident (ce qui va à l’encontre de ce même devoir).

[78] This risk is not merely theoretical. The notes of Acting Sgt. Pullbrook serve as an example of this subtle shift toward *justifying* conduct. The record contains his notes from the day of the shooting (prepared with the assistance of counsel; A.R., vol. III, at pp. 537-64) and his notes from the two previous days (prepared without assistance; A.R., vol. III, at pp. 532-37). The notes made before the day of the shooting recite what the officer saw and did, and make repeated references to the time at which the events occurred. In other words, they reflect in form and substance the type of notes that police officers are taught to make from their very first days of basic-training.⁴

[79] By contrast, the notes from the day of the shooting contain no time references between 8 a.m. and 2 p.m. — spanning the time between when Acting Sgt. Pullbrook began his shift and when paramedics arrived on the peninsula after the shooting. The notes also display a particular concern with justifying why the officers first took physical control of Mr. Schaeffer — before he became resistant and brandished a knife — and invoke legal terminology to that end.

[80] In short, Acting Sgt. Pullbrook's notes read like a prepared statement designed, at least in part, to justify his and his partner's conduct, unlike a set of police notes that simply record the events in a straightforward fashion. And while I would not suggest there is anything inaccurate or dishonest in the notes as a result of counsel's participation, an officer's notes are not meant to provide a "lawyer-enhanced" justification for what has occurred. They are simply meant to record an event, so that others — like the SIU Director — can rely on them to determine *what* happened. In this case, that is what the SIU Director was unable to do.

⁴ Apart from SIU investigations, there is no evidence in the record to suggest that police officers seek the advice of counsel before preparing their notes in other contexts. This is unsurprising. Officers know how to prepare their notes in accordance with their duty.

[78] Ce risque n'est pas purement théorique. Les notes du sergent intérimaire Pullbrook illustrent bien ce glissement subtil vers une *justification* de sa conduite. On trouve au dossier les notes qui relatent le jour du décès par balle (rédigées avec l'aide d'un avocat; d.a., vol. III, p. 537-564) et celles qu'il avait prises les deux jours précédents (et qu'il avait rédigées seul; d.a., vol. III, p. 532-537). Les dernières relatent ce que l'agent a vu et fait et mentionnent à de nombreuses reprises l'heure des faits. En d'autres termes, elles sont conformes sur le plan tant de la forme que du fond au type de notes que l'on enseigne aux policiers à prendre dès leur premier jour de formation de base⁴.

[79] En revanche, les notes prises le jour de l'incident ne contiennent aucune mention horaire entre 8 h et 14 h, c'est-à-dire entre le moment où le sergent intérimaire Pullbrook a commencé sa période de service et celui où les ambulanciers paramédicaux sont arrivés sur la péninsule après les coups de feu. Les notes témoignent également d'une volonté bien claire d'expliquer pourquoi les agents ont tout d'abord maîtrisé physiquement M. Schaeffer — avant qu'il ne résiste et ne brandisse le couteau — et elles sont rédigées à cet égard dans une langue juridique.

[80] En bref, les notes du sergent intérimaire Pullbrook ressemblent à s'y méprendre à une déclaration étudiée conçue, du moins en partie, pour justifier sa conduite et celle de son collègue, contrairement aux notes qui relatent purement et simplement les faits. Sans vouloir insinuer qu'elles sont inexactes ou trompeuses en raison de l'intervention de l'avocat, je tiens à rappeler que les notes d'un agent ne sont pas censées présenter une justification « remaniée par l'avocat » de l'incident. Elles visent simplement à rendre compte des faits pour que d'autres personnes — le directeur de l'UES notamment — puissent déterminer, à leur lecture, les *faits* survenus. Dans le cas qui nous occupe, le directeur de l'UES en a été incapable.

⁴ Si l'on fait abstraction du cas des enquêtes menées par l'UES, on ne trouve au dossier aucun élément de preuve permettant de penser que les policiers cherchent à obtenir des conseils juridiques avant de préparer leurs notes dans d'autres contextes. Ce n'est pas étonnant. Les agents savent comment rédiger leurs notes conformément à leur obligation.

(4) Conclusion on the Interpretation of Section 7(1)

[81] As I noted at the outset, the ambit of s. 7(1) must be interpreted harmoniously with the regulatory scheme. Here, we are asked to pick between two possible interpretations of s. 7(1) of the regulation — one that reads the provision as allowing consultation with counsel at the note-making stage, and one that does not. As I have just explained, interpreting s. 7(1) as allowing this consultation is inconsistent with the purpose of the legislative scheme, runs contrary to the legislative intent behind the provision, and creates a real risk that officers will fail to meet their obligation under s. 9 of the regulation to make notes in accordance with their duty. Reading s. 7(1) as providing a more limited entitlement to counsel that does not apply at the note-making stage, however, avoids all three of these difficulties. Under this interpretation, the provision is in harmony with the purpose of the legislative scheme, the intent behind the provision, and the s. 9 duty to make notes. This is precisely what the modern approach to statutory interpretation demands. As a result, this interpretation must be accepted.

E. *The Cross-Appeal*

[82] The Court of Appeal concluded that, while s. 7(1) of the regulation does not entitle officers to the assistance of counsel in the preparation of their notes, it does entitle them to “basic legal advice” about the nature of their rights and obligations under the Act and the regulation before they complete their notes. That basic advice could include informing officers that they are required to complete their notes prior to the end of their tour of duty unless excused by the chief of police, and that their notes will be submitted to the chief of police (para. 81).

[83] With respect, I disagree with this aspect of the Court of Appeal’s reasons. In my view, the legislative history shows that s. 7(1) was not meant

(4) Conclusion sur l’interprétation du par. 7(1)

[81] Comme je l’ai fait observer d’entrée de jeu, la portée du par. 7(1) doit être interprétée suivant le sens qui s’harmonise avec le régime réglementaire. En l’espèce, on nous demande de faire le choix entre deux interprétations possibles : la première permet à l’agent de consulter un avocat à l’étape de la prise de notes, et la seconde ne le permet pas. Comme je viens de l’expliquer, l’interprétation suivant laquelle le par. 7(1) permet ce type de consultation est inconciliable avec l’objet du régime législatif, va à l’encontre de l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la disposition et crée un risque véritable que les agents manquent à l’art. 9 du règlement qui exige qu’ils prennent des notes conformément à leur obligation. Voir dans le par. 7(1) un droit limité de consulter un avocat qui ne s’applique pas à l’étape de la prise de notes permet toutefois d’éviter ces trois écueils. Si l’on retient cette interprétation, la disposition s’harmonise avec l’objet du régime législatif, l’intention du législateur et l’obligation de prendre des notes prévue à l’art. 9. C’est précisément ce qu’exige la méthode moderne d’interprétation législative. Il s’agit donc de l’interprétation qu’il y a lieu de retenir.

E. *Pourvoi incident*

[82] La Cour d’appel a conclu que, bien que le par. 7(1) du règlement ne donne pas aux agents le droit de consulter un avocat pour rédiger leurs notes, il leur reconnaît le droit de recevoir des [TRADUCTION] « conseils juridiques de base » quant à la nature de leurs droits et de leurs obligations prévus par le règlement et la Loi avant de rédiger leurs notes. Suivant cette interprétation, un conseiller juridique pourrait informer l’agent qu’il doit terminer ses notes avant la fin de sa période de service, à moins d’en être dispensé par le chef de police, et lui expliquer que ses notes seront soumises à ce dernier (par. 81).

[83] En toute déférence, je ne suis pas d’accord sur cet aspect des motifs de la Cour d’appel. À mon avis, l’historique de l’élaboration du règlement

to create an entitlement to counsel before an officer has completed his or her notes. Without in any way impugning the integrity of counsel or police officers, even the perfunctory consultation contemplated by the Court of Appeal is liable to cause an “appearances problem” similar to the one I have already identified. Because the initial consultation is privileged, the public will have no way of knowing what was discussed. As a result, the same threat to public confidence exists, even if on a somewhat diminished scale.

[84] A loss of public trust would seem a high price to pay for an initial consultation that, in my view, achieves no tangible benefit. Counsel cannot discuss the facts surrounding the incident in any meaningful sense, if at all; nor can there be any discussion about the legal issues that flow from the facts. Under the Court of Appeal’s model, counsel is limited to providing officers with basic information about their rights and obligations under the legislative scheme. This information can easily be conveyed in ways that do not generate any appearance problem. It can and should be included as part of every officer’s training. If there is some need to refresh officers as to their responsibilities after an event triggering an SIU investigation, this refresher can be provided by a ranking officer or a generic card kept in an officer’s notebook.

[85] In the end, the basic legal advice contemplated by the Court of Appeal is essentially meaningless — and anything that might be meaningful sends counsel into a minefield. In this regard, I agree with the Officers that the court’s proposal is unhelpful:

The officer is unable to ascertain what questions can properly be addressed to counsel and counsel is required to navigate through an obstacle course and provide little, if any, practical assistance to his client. The permissible advice is, in effect, no advice at all. The Court of Appeal for Ontario has relegated the role of counsel to a recitation

démontre que le par. 7(1) n’a pas pour objet de donner à l’agent le droit de consulter un avocat avant d’avoir terminé de rédiger ses notes. Sans vouloir mettre en doute l’intégrité des avocats et des agents, je suis d’avis que même la consultation sommaire qu’envisage la Cour d’appel risque de causer un « problème d’apparences » semblable à celui que j’ai déjà évoqué. Comme la consultation initiale est protégée par le secret professionnel, il sera impossible pour le public de savoir ce dont l’avocat et le policier auront discuté. Par conséquent, on risque de cette manière également de miner la confiance du public, bien que dans une moindre mesure.

[84] Une consultation initiale qui, à mon avis, ne comporte aucun avantage tangible ne vaut pas la peine d’ébranler la confiance du public. Les avocats ne peuvent guère aborder effectivement les faits entourant l’incident, voire pas du tout. Aucun échange ne peut non plus porter sur les questions de droit qui découlent des faits. Selon le modèle proposé par la Cour d’appel, l’avocat doit se limiter à offrir aux agents des renseignements de base sur leurs droits et leurs obligations prévus par le régime législatif. Or, ces renseignements peuvent aisément être transmis par des moyens qui n’occasionnent pas de problème d’apparences. Ces moyens devraient être abordés lors de la formation de tous les agents. S’il est nécessaire de rafraîchir la mémoire des agents au sujet de leurs obligations à la suite d’un incident ayant donné lieu à une enquête de l’UES, il suffirait par exemple de confier cette tâche à un supérieur ou d’insérer une fiche générale dans le carnet de l’agent.

[85] En fin de compte, les conseils juridiques de base évoqués par la Cour d’appel sont essentiellement inutiles, et tout conseil qui pourrait être utile se transforme en champ de mines pour les avocats. À cet égard, je suis d’accord avec les agents pour dire que le modèle proposé par la Cour d’appel n’est d’aucune utilité :

[TRADUCTION] Il est impossible pour l’agent de savoir quelle question il est en droit de poser à l’avocat et celui-ci doit naviguer entre les écueils, et l’aide concrète qu’il peut fournir à son client est minime, voire inexistante. En fait, les seuls conseils qu’il a le droit de donner n’en sont pas. La Cour d’appel de l’Ontario a relégué le rôle

of the most basic legislative requirements rather than providing meaningful legal assistance. [Emphasis added; A.F., at para. 72.]

[86] In reaching the conclusion that officers are not permitted to consult with counsel before they have completed their notes, I acknowledge the fact that officers who have been involved in a traumatic incident may well feel the need to speak to someone before they complete their notes. While the regulation prevents such officers from consulting with counsel, it does not prevent them from speaking to doctors, mental health professionals, or uninvolved senior police officers before they write their notes. Moreover, the regulation empowers the chief of police to allow such officers more time to complete their notes (see s. 9(5)).

[87] I should also be clear about the scope of my conclusion. Once officers have completed their notes and filed them with the chief of police, they are free to consult with counsel. This would include consultation both before and after the interview with the SIU. Consulting with counsel at that stage is consistent with the plain wording of s. 7(1) of the regulation and does not derogate from an officer's duty or from the purpose of the legislative scheme.

VII. Disposition

[88] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that police officers, under the Act and the regulation, are not permitted to have the assistance of counsel in the preparation of their notes.⁵ However, in my respectful view, the Court of Appeal erred in finding that police officers are entitled to receive basic legal advice as to the nature of their rights and duties prior to completing their notes.

⁵ It must be noted that s. 7(1) provides an entitlement to consult with both counsel and "police association" representatives. The arguments before this Court centred on the entitlement to counsel. Virtually no mention was made of the role of police association representatives, and the order of the Court of Appeal does not address this issue. In the absence of any record or arguments with respect to the representatives, I would thus confine my conclusion to the entitlement to counsel. It is clear, however, that, to the extent that the role of police association representatives approximates that of counsel, my conclusion would apply to them with equal force.

de l'avocat à celui d'énumérer les exigences législatives essentielles, au lieu de lui permettre d'offrir une aide juridique digne de ce nom. [Je souligne; m.a., par. 72.]

[86] En arrivant à la conclusion que les agents n'ont pas le droit de consulter un avocat avant d'avoir terminé de rédiger leurs notes, je reconnais que ceux qui sont intervenus dans un incident traumatisant aient besoin d'en parler à quelqu'un. Si le règlement interdit aux agents de consulter un avocat, il ne leur interdit pas pour autant de faire appel à un médecin, à un professionnel de la santé mentale ou à un supérieur n'ayant pas assisté à l'incident avant de rédiger leurs notes. En outre, le règlement habilite le chef de police à donner dans ce cas à l'agent un délai supplémentaire pour terminer ses notes. (voir par. 9(5)).

[87] Je dois également préciser la portée de ma conclusion. Une fois ses notes rédigées et soumises au chef de police, l'agent peut consulter un avocat, et ce tant avant qu'après l'entrevue avec l'UES. La consultation d'un avocat à cette étape respecte le libellé clair du par. 7(1) du règlement et ne constitue pas un manquement au devoir de l'agent ni ne contrevient à l'objet du régime législatif.

VII. Dispositif

[88] Pour ces motifs, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la Loi et le règlement ne permettent pas aux agents de police de recourir à l'assistance d'un avocat pour rédiger leurs notes⁵. À mon humble avis, la Cour d'appel a cependant conclu à tort que les agents de police ont le droit de recevoir des conseils juridiques de base au sujet de la nature de leurs droits et de leurs obligations avant de rédiger leurs notes.

⁵ Il convient de signaler que le par. 7(1) reconnaît le droit de consulter un avocat ou un représentant d'une « association de policiers ». Les arguments qui ont été plaidés devant notre Cour portaient sur le droit à un avocat. On n'a pratiquement fait aucune mention du rôle des représentants d'associations de policiers, et la Cour d'appel n'aborde pas cette question dans son ordonnance. À défaut d'élément ou d'argument concernant le rôle de ces représentants, je limite donc ma conclusion au droit à un avocat. Il ne fait aucun doute toutefois que, dans la mesure où le représentant d'une association de policiers jouerait un rôle semblable à celui d'un avocat, ma conclusion vaut tout autant.

[89] I would therefore dismiss the appeal and allow the cross-appeal and grant a declaration pursuant to Rule 14.05(3) of the *Rules of Civil Procedure* in the following terms:

The *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 113(9), and the regulation regarding *Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit*, O. Reg. 267/10, prohibit subject and witness officers from consulting with counsel until the officers have completed their police notes and filed them with the chief of police.

[90] The motion to strike brought by the SIU Director is granted. I would award costs to the Families on the appeal and cross-appeal, but would make no other order as to costs.

The reasons of LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

[91] LEBEL AND CROMWELL JJ. (dissenting) — We have had the benefit of reading Justice Moldaver’s reasons. We do not agree that the wording of the legislation alone fully resolves the issues in this case. However, we agree with our colleague that it is inconsistent with a police officer’s duty to complete his or her notes to seek legal advice which would influence the contents of those notes. On that basis, we agree that the appeal should be dismissed. However, we disagree with Justice Moldaver’s proposed disposition of the cross-appeal. As we see it, it is not inconsistent with the officer’s duty or with the legislation to have access to legal advice about the limited matters contemplated by the Court of Appeal. We would therefore dismiss the cross-appeal.

[92] We rely on the facts as set out by Justice Moldaver in his reasons.

[89] Je suis par conséquent d’avis de rejeter le pourvoi, d’accueillir le pourvoi incident et de prononcer le jugement déclaratoire suivant en vertu du par. 14.05(3) des *Règles de procédure civile* :

La *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, par. 113(9) et le Règl. de l’Ont. 267/10, *Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l’Unité des enquêtes spéciales*, interdisent aux agents impliqués et aux agents témoins de consulter un avocat tant qu’ils n’ont pas terminé la rédaction de leurs notes de police et qu’ils ne les ont pas remises au chef de police.

[90] La requête en radiation présentée par le directeur de l’UES est accueillie. Je suis d’avis d’adjudger les dépens aux familles en ce qui concerne tant le pourvoi que le pourvoi incident, mais de ne prononcer aucune autre ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

[91] LES JUGES LEBEL ET CROMWELL (dissidents) — Nous avons eu l’occasion de prendre connaissance des motifs du juge Moldaver. Contrairement à lui, nous ne croyons pas qu’on puisse s’en tenir au seul libellé du texte pour résoudre les questions en litige dans la présente affaire. Toutefois, comme notre collègue, nous reconnaissons que le fait pour un agent de police de demander des conseils juridiques susceptibles d’influer sur la teneur de ses notes ne se concilierait pas avec son obligation de rédiger de telles notes. Pour cette raison, nous estimons, à l’instar du juge Moldaver, que le présent pourvoi doit être rejeté. Nous ne sommes cependant pas d’accord sur la solution qu’il adopte pour trancher le pourvoi incident. À notre avis, le fait pour l’agent de consulter un avocat au sujet des éléments bien précis évoqués par la Cour d’appel n’est pas inconciliable avec le devoir de l’agent ou contraire à la loi. Nous sommes par conséquent d’avis de rejeter le pourvoi incident.

[92] Nous nous en remettons à l’exposé des faits que donne le juge Moldaver dans ses motifs.

I. Section 7(1) Does Not Restrict the Liberty to Consult with Counsel

[93] Justice Moldaver is of the view that s. 7(1) of the *Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit* regulation, O. Reg. 267/10, is a comprehensive code regarding a police officer's entitlement to counsel and that "the scope of [the] entitlement to counsel . . . flows from a regulatory provision" (para. 29).

[94] Respectfully, we do not agree. The starting point for the analysis and for interpreting the legislation is that a police officer, in common with everyone else, is free to get legal advice provided that doing so is not prohibited by law or contrary to the police officer's other responsibilities and duties. Viewed in this light and interpreted in its full context, the regulation cannot be viewed as a comprehensive code and therefore does not mandate the result proposed by Justice Moldaver. Everyone is at liberty to consult counsel whenever they wish unless doing so is precluded by lawful authority or inconsistent with their duty. Section 7(1) is simply a confirmation of the entitlement to counsel of police officers at the interview stage of a Special Investigations Unit ("SIU") investigation.

[95] The regulation was designed to clarify the rights of officers, their duties, and the processes of the SIU. It is not a comprehensive code that determines the scope of the right to counsel during an SIU investigation or excludes any other consultation with counsel or police association representative. When freedoms are restricted under the regulation, the restrictions are expressed clearly, either by the regulation's express words or by reason of inconsistency with its purpose.

[96] The enactment of the regulation was necessary in light of uncertainty with respect to the rights and duties of police officers and processes of the SIU following its inception in 1990 (see

I. Le paragraphe 7(1) ne restreint pas la liberté de consulter un avocat

[93] Selon le juge Moldaver, le par. 7(1) du Règl. de l'Ont. 267/10, *Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales*, constitue un code complet régissant le droit du policier à un avocat. De plus, à son avis, « la teneur du droit à un avocat [est] conféré[e] par une disposition réglementaire » (par. 29).

[94] En toute déférence, nous ne partageons pas son opinion. Le point de départ de l'analyse et de l'interprétation du texte se retrouve, selon nous, dans le principe suivant : le policier reste, au même titre que tout autre citoyen, libre d'obtenir des conseils juridiques, pourvu que la loi ne le lui interdise pas ou qu'il ne contrevienne pas ainsi à ses autres obligations et responsabilités. Envisagé sous cet angle et interprété à la lumière de l'ensemble du contexte, le règlement ne peut être considéré comme étant un code complet et il ne saurait par conséquent justifier le résultat que propose le juge Moldaver. Chacun demeure libre de consulter un avocat lorsqu'il le juge à propos, sauf si cette consultation s'avère inconciliable avec ses fonctions ou que l'exercice d'un pouvoir légitime l'interdit. Le seul effet du par. 7(1) est de confirmer le droit de l'agent de consulter un avocat à l'étape de l'entrevue dans le cadre de l'enquête par l'Unité des enquêtes spéciales (« UES »).

[95] En effet, le règlement vise à clarifier les droits et les obligations des policiers, ainsi que la procédure de l'UES. Il ne s'agit pas d'un code complet qui circonscrit la teneur du droit à un avocat au cours de l'enquête de l'UES ou qui interdit la consultation d'un avocat ou d'un représentant d'une association de policiers à tout autre moment. Si le règlement restreint des libertés, la restriction doit ressortir clairement du libellé exprès de la disposition ou de l'incompatibilité évidente de cette liberté avec l'objet du règlement.

[96] Le règlement était devenu nécessaire, en raison de l'incertitude entourant la nature des droits et des obligations des agents de police et la procédure de l'UES après la création de celle-ci en 1990

Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit (1998) (“Adams Report 1998”), at pp. 13 and 22-24). As noted by Justice Moldaver, the SIU operated for years in the absence of the regulation intended to guide the conduct of police officers *vis-à-vis* SIU investigations. Prior to the enactment of the regulation, however, police officers did not operate in a lawless vacuum. Although the regulation created some legal distinctions that did not exist beforehand, the rights and duties of police officers were merely reiterated more precisely and clarified in the regulation. The *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, (as well as the common law) already provided for the rights and duties of police officers. This is confirmed in the 1998 Adams Report. In this report, the Honourable George Adams stated:

With respect to the cooperation police officers are expected to provide to an SIU investigation, the Act says only:

113(9) Members of police forces shall cooperate fully with the members of the unit in the conduct of investigations.

There are no other references in the statute or in the regulations to the conduct of SIU investigations. However, the express duties of police officers in the Act and the regulations are cast in sufficiently general terms so that a failure to cooperate with the SIU is a breach of duty. Nevertheless, the generality of s. 113(9) and its potential relationship with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have proven fertile ground for dispute and confusion over what precisely is expected of police officers and chiefs of police by this subsection. [Emphasis added; footnote omitted; p. 13.]

[97] Such a clarification of existing rights and duties, however, cannot be an exhaustive code. The provisions of the regulation on their own do not have the requisite comprehensiveness to qualify as complete codes. To characterize the provisions of the regulation as a “complete code” undermines the importance of the rights, duties and liberties of police officers and disregards the complexity of the legal environment that grounds and defines them. For example, s. 9 of the regulation provides

(voir *Consultation Report Concerning Police Cooperation with the Special Investigations Unit* (1998) (« rapport Adams de 1998 », p. 13 et 22-24). Ainsi que le juge Moldaver le fait observer, l’UES a exercé ses activités pendant des années sans qu’un règlement n’encadre la conduite des policiers lors du déroulement de ses enquêtes. Cependant, avant l’entrée en vigueur du règlement, les policiers ne se trouvaient pas dans ce cas dans un vide juridique. Bien qu’il ait créé certaines distinctions juridiques qui n’existaient pas auparavant, le règlement a simplement précisé les droits et les obligations des policiers, que la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 — tout comme la common law — prévoyait déjà. C’est ce que le rapport Adams de 1998 est venu confirmer. Pour reprendre les propos de l’honorable George Adams :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la collaboration dont on s’attend de la part des policiers lors des enquêtes de l’UES, la Loi déclare seulement :

113(9) Les membres de corps de police collaborent entièrement avec les membres de l’unité au cours des enquêtes.

On ne trouve dans la Loi ni dans ses règlements d’application aucune autre allusion au déroulement des enquêtes de l’UES. Toutefois, les obligations que la Loi et ses règlements d’application imposent explicitement aux policiers sont libellées en des termes suffisamment généraux pour que tout refus de collaborer avec l’UES soit considéré comme étant un manquement à un devoir. Néanmoins, la portée générale du par. 113(9) et son éventuel rapport avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ont donné lieu à des différends et à une certaine confusion quant aux obligations précises que cette disposition impose aux agents et aux chefs de police. [Je souligne; note de bas de page omise; p. 13.]

[97] Ce genre de clarification des droits et obligations ne saurait toutefois constituer un code complet. À elles seules, les dispositions du règlement ne présentent pas l’intégralité propre à un code complet. Les qualifier ainsi revient à minimiser l’importance des droits, des obligations et des libertés des policiers et à méconnaître la complexité du cadre juridique qui les fonde et les définit. Par exemple, l’art. 9 oblige les policiers à rédiger des notes, sans toutefois préciser en quoi consiste cette obligation.

for officers' duty to complete notes, but leaves the whole content of this duty left to be spelled out elsewhere. To view s. 9 as an exhaustive framework of the duty to write notes would be to leave officers with insufficient guidance. Surely this provision on its own cannot be interpreted as a comprehensive code or a part of a complete code.

[98] Section 7(1) is similarly bare. It is inconsistent to say on one hand that s. 7(1) of the regulation comprehensively sets out an officer's entitlement to counsel, yet on the other hand leave open the question as to whether a police officer who has completed his or her notes is entitled to consult counsel before (or after) his or her interview and the appropriate extent of such consultation; the reasons of our colleague do not answer this question. Leaving such a basic question unanswered in s. 7(1) conflicts with the very nature of a comprehensive, exhaustive framework. Such basic questions must in fact be answered by examining the rights and duties of police officers in light of the common law and the overarching purpose of the Act; examining s. 7(1) on its own does not suffice.

II. The Appropriate Interpretation of Section 7(1) of the Regulation and a Police Officer's Freedom to Consult Counsel

[99] Given that our approach is to emphasize a starting point of liberty and to acknowledge that s. 7(1) of the regulation on its own is not a comprehensive code, our interpretation of the scope of s. 7(1) differs from that of Justice Moldaver. Under the modern approach to legal interpretation, the words of s. 7(1) are to be read 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* (5th ed. 2008); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41).

[100] Section 7(1) reads as follows:

Subject to subsection (2), every police officer is entitled to consult with legal counsel or a representative of

Traiter cette disposition comme un cadre complet définissant l'obligation de prendre des notes reviendrait à donner aux policiers des paramètres vagues. Assurément, cette disposition à elle seule ne saurait être interprétée comme un code complet ou une partie d'un tel code.

[98] Le paragraphe 7(1) est tout aussi laconique. On ne peut, sans se contredire, affirmer d'une part que cette disposition énonce de façon exhaustive le droit de l'agent de police de consulter un avocat et, d'autre part, laisser entière la question de savoir si l'agent de police qui a rédigé ses notes a le droit de consulter un avocat avant (ou après) son entrevue, et sans définir la teneur de ce droit de consultation. Les motifs de notre collègue sont muets sur ce point. L'omission d'une telle question fondamentale contredit la prétention selon laquelle le règlement constituerait un cadre complet. La réponse à de telles questions fondamentales exige l'examen des droits et obligations des agents de police, à la lumière de la common law et de l'objectif général de la Loi. L'examen du par. 7(1) en vase clos ne suffit pas.

II. Interprétation correcte du par. 7(1) du règlement et liberté de l'agent de police de consulter un avocat

[99] Comme notre analyse part du principe de la liberté de consulter un avocat et que nous sommes d'avis que, pris isolément, le par. 7(1) ne constitue pas un code complet, notre interprétation de la portée de cette disposition diffère de celle du juge Moldaver. Suivant la méthode moderne d'interprétation législative, il faut lire les termes du par. 7(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, l'objet de la Loi et l'intention du législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41).

[100] Le paragraphe 7(1) dispose :

Sous réserve du paragraphe (2), l'agent de police a le droit de consulter un avocat ou un représentant

a police association and to have legal counsel or a representative of a police association present during his or her interview with the SIU.

[101] The plain wording of s. 7(1) is declaratory and affirmative in nature rather than prohibitive. Further, the provision is conjunctive — it grants the right to consult with legal counsel *and* the right to have legal counsel present during an SIU interview. This wording does not oust the rights that police officers would otherwise enjoy as ordinary citizens. This wording also confirms that the regulation’s purpose is to clarify, and not to expand or remove, rights and duties.

[102] Another principle of modern legal interpretation is that provisions of a statute or a regulation must be read in context and in harmony with other provisions of the statute or regulation. Thus, we acknowledge the importance of the relationship between a police officer’s duty to write notes about an incident and his or her entitlement to consult counsel. It is clear that police officers have a duty to make notes in an independent, timely and comprehensive manner. But the question is whether, under a correct interpretation, the existence and execution of this duty necessarily excludes any form of legal consultation prior to the drafting of the notes.

[103] The potential tension between the right to consult and the duty of the officer to write complete and independent notes can be resolved by simply drawing a line to determine how and when the right to consult with counsel should not be exercised. In our view, the reasons of Sharpe J.A. in the Court of Appeal drew the line at the right place (2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721). We agree with him that police officers should not be allowed to consult about the drafting of the notes themselves where such consultation affects the independence of notes. The contents and drafting of the notes should not be discussed with counsel. The drafting should not be directed or reviewed by counsel. The notes must remain the result of a police officer’s independent account of the events. However, eliminating any

d’une association de policiers et a droit à la présence d’un avocat ou d’un représentant d’une telle association pendant son entrevue avec l’UES.

[101] Il ressort de son libellé que le par. 7(1) constitue davantage une disposition de nature déclaratoire et positive qu’une disposition prohibitive. De plus, il comporte deux volets : il confère le droit de consulter un avocat *et* le droit à la présence d’un avocat lors d’une entrevue avec l’UES. Ce libellé n’exclut pas les droits dont les policiers jouissent par ailleurs en tant que simples citoyens. Il confirme en outre que le règlement vise, non pas à étendre ou à supprimer des droits ou des obligations, mais bien à les clarifier.

[102] Suivant un autre principe moderne d’interprétation législative, les dispositions d’un texte législatif ou réglementaire doivent être interprétées dans leur contexte et en harmonie avec les autres dispositions du texte. Nous sommes donc conscients de l’importance du rapport qui existe entre, d’une part, l’obligation du policier de prendre des notes au sujet d’un incident et, d’autre part, son droit de consulter un avocat. Certes, les policiers doivent prendre des notes indépendantes et détaillées et le faire en temps opportun. Mais la question qui se pose est celle de savoir si l’interprétation correcte commande que l’existence et l’exercice de ce devoir excluent toute forme de consultation d’un avocat avant la rédaction des notes.

[103] La tension potentielle entre le droit de l’agent de consulter un avocat et l’obligation de l’agent de rédiger des notes exhaustives et indépendantes peut être éliminée par une délimitation exacte déterminant comment et quand le droit ne devrait pas être exercé. À notre avis, le juge Sharpe de la Cour d’appel a bien situé cette limite (2011 ONCA 716, 107 O.R. (3d) 721). Nous sommes d’accord avec lui pour affirmer que l’agent ne devrait pas être autorisé à consulter un avocat au sujet de la rédaction des notes elles-mêmes lorsqu’une telle consultation risque de nuire à leur impartialité. Le policier ne devrait pas discuter avec l’avocat de la teneur et de la rédaction de ses notes, et aucun avocat ne devrait en diriger ou en réviser la rédaction. Les notes doivent demeurer un

form of consultation before the drafting of the notes is an entirely different matter. Such an overly cautious approach takes no account of the basic freedoms that police officers share with other members of society. Everyone is entitled to seek the advice of a lawyer. This freedom also reflects the importance of the societal role of lawyers in a country governed by the rule of law. Lawyers represent people, communicate legal information and give advice. The execution of these functions contributes to the maintenance of the rule of law. Indeed, these functions are deemed so important that they are often protected by strong privileges of confidentiality that are linked to our basic values and constitutional rights. With this in mind, the freedom to consult with counsel should not be eliminated merely through a narrow reading of the regulation in the absence of clear legislative intent. This narrow interpretation also reflects an unjustified mistrust of lawyers. It cannot be assumed that lawyers will advise their clients to break the law and fail to discharge their duties to the public and to justice itself.

[104] Interpreting s. 7(1) of the regulation purposively requires that we give effect to police officers' freedom to consult counsel and at the same time consider the importance of the SIU's mandate to enhance public confidence in the police. The content of a police officer's notes cannot vary in accordance with his or her personal legal interests. To that effect, legal counsel must be cognizant of an imperative ethical boundary — they cannot place their clients' interests ahead of their duty to the public and the advice they provide must be confined within this boundary. It cannot be assumed that they will not be faithful to their ethical duties or that they will recommend that police officers disregard their obligations. Lawyers will know that they cannot give advice on the style or content of the notes. They will be mindful of the proper scope of their advice.

récit indépendant des faits par le policier. Toutefois, l'interdiction de toute forme de consultation avant la rédaction des notes constitue une tout autre question. Cette approche, qui témoigne d'une prudence excessive, ne tient pas compte des libertés fondamentales dont l'agent de police jouit au même titre que tout autre membre de la société. Chacun a le droit de consulter un avocat. Cette liberté traduit également l'importance du rôle social que jouent les avocats au sein d'un État de droit. L'avocat représente des gens, communique des renseignements juridiques et donne des conseils. En s'acquittant de ces fonctions, l'avocat contribue au maintien de la primauté du droit. D'ailleurs, ces fonctions sont jugées d'une telle importance qu'elles sont souvent protégées par de solides privilèges de confidentialité qui sont liés à nos valeurs fondamentales et à nos droits constitutionnels. Dans cette optique, nous estimons qu'il ne faut pas supprimer la liberté de consulter un avocat par le simple jeu d'une interprétation étroite du règlement en l'absence d'une intention claire du législateur en ce sens. Cette interprétation étroite trahit également une méfiance injustifiée envers les avocats. On ne peut présumer que les avocats conseilleront à leurs clients de contrevenir à la loi ou de négliger leur devoir envers le public et envers la justice elle-même.

[104] L'interprétation téléologique du par. 7(1) du règlement commande que l'on donne effet à la liberté des policiers de consulter un avocat tout en tenant compte de l'importance de la mission confiée à l'UES, qui vise à favoriser la confiance du public envers la police. La teneur des notes du policier ne peut être fonction de ses intérêts juridiques personnels. En ce sens, l'avocat doit être conscient d'une limite infranchissable sur le plan de l'éthique : il ne peut faire passer l'intérêt de son client avant le devoir public de ce dernier, et les conseils qu'il prodigue doivent respecter cette limite. On ne peut présumer que l'avocat manquera aux principes d'éthique ou qu'il recommandera au policier de faire fi de ses obligations. L'avocat saura qu'il ne peut donner de conseils au policier au sujet de la formulation de ses notes ou de leur teneur. Il sera conscient des limites relativement à la nature des conseils qu'il peut prodiguer.

III. The Appropriate Scope of Legal Consultation

[105] Sharpe J.A.'s reasons properly define the appropriate scope of legal consultation prior to the drafting of the notes of the police officer. His approach acknowledges that police officers have a duty to write independent and comprehensive notes in a timely manner *and* that brief and basic legal consultation does not necessarily interfere with that duty.

[106] Justice Moldaver suggests:

A reasonable member of the public would naturally question whether counsel's assistance at the note-making stage is sought by officers to help them fulfill their duties as police officers, or if it is instead sought, in their self-interest, to protect themselves and their colleagues from the potential liability of an adverse SIU investigation. [para. 50]

[107] However, the standard for determining public confidence is a reasonable member of the community who is properly informed about "the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case" (*R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 41, quoting *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, at p. 274). If this is the standard, the member of the community would know that an officer's notes cannot be used against him or her in the course of an investigation by the SIU. This is because of s. 9(3) of the regulation and the treatment the Attorney General affords to subject officers' notes as involuntary statements that attract both use-immunity and derivative use-immunity. The risk of *self-interest* prevailing over an officer's public duty is therefore slightly exaggerated. The concern relating to public confidence in the context of police completing their notes impartially relates to an apprehension that an officer may place his or her *colleague's* interest over his or her public duty. More importantly, to be skeptical of the propriety of legal counsel's advice in the presence of clear guidelines relating to the content of the advice set out for their benefit is not reasonable. This would undermine the trust we instill in lawyers as officers of the court.

III. Teneur acceptable des consultations juridiques

[105] Le juge Sharpe définit bien la teneur des consultations qu'un agent de police peut avoir avec un avocat avant de rédiger ses notes. Il reconnaît que l'agent a l'obligation de rédiger des notes indépendantes et exhaustives en temps utile *et* que des conseils juridiques de base prodigués au cours d'une brève consultation ne portent pas nécessairement atteinte à cette obligation.

[106] Le juge Moldaver laisse pour sa part entendre ce qui suit :

... tout citoyen raisonnable pourrait à juste titre se demander si l'agent recourt à l'assistance d'un avocat à l'étape de la prise de notes pour l'aider à s'acquitter de ses obligations professionnelles ou s'il le fait plutôt dans son intérêt personnel pour parer à la possibilité d'une conclusion accablante de la part de l'UES à l'issue de l'enquête. [par. 50]

[107] Toutefois, la norme à appliquer en matière de confiance du public est celle du citoyen raisonnable qui est bien informé « de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire » (*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 41, citant *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, p. 274). Si cette norme s'applique, ce citoyen saura que les notes de l'agent ne peuvent être utilisées contre lui au cours de l'enquête de l'UES. Cette interdiction découle du libellé du par. 9(3) du règlement et du fait que le procureur général assimile les notes de l'agent impliqué à des déclarations involontaires auxquelles s'applique l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée. Le risque que l'intérêt *personnel* du policier l'emporte sur son devoir public se révèle par conséquent quelque peu exagéré. Par conséquent, les préoccupations exprimées au sujet de la confiance du public quant à l'impartialité des notes ont plutôt trait au risque que le policier fasse passer l'intérêt de ses *collègues* avant son devoir public. Mais surtout, il n'est pas raisonnable de douter que les avocats respectent les directives claires quant à la teneur des conseils qu'ils peuvent donner. Pareil scepticisme risque de saper la confiance que l'on accorde aux avocats en tant qu'officiers de justice.

[108] Legal consultation on the specific contents of an officer's notes runs the risk of compromising an officer's independent account of the facts. We agree with Sharpe J.A. that appropriate advice given to a police officer is the following:

- he or she is required to complete notes of the incident prior to the end of his or her tour of duty unless excused by the chief of police;
- the lawyer cannot advise the officer what to include in the notes other than that they should provide a full and honest record of the officer's recollection of the incident in the officer's own words;
- the notes are to be submitted to the chief of police;
- if the officer is a subject officer, the chief of police will not pass the notes on to the SIU;
- if the officer is a witness officer, the chief of police will pass the notes on to the SIU;
- the officer will be required to answer questions from the SIU investigators; the officer will be entitled to consult counsel prior to the SIU interview and to have counsel present during the interview. [para. 81]

These elements outline the steps and procedures of an SIU investigation, and there is no harm in allowing police officers this kind of legal advice. Our colleague suggests that this advice achieves “no tangible benefit” (para. 84). While this brief, informative conversation might not be as meaningful as comprehensive legal advice on the relationship between an officer's notes and potential liability, it might help to remind an officer of his or her duties in the circumstances and put the officer at ease after having experienced a potentially traumatic incident. The utility of having some information about one's rights and obligations under the legislative scheme is clear.

[108] Cependant, l'agent de police qui consulte un avocat au sujet de la teneur précise de ses notes risque de compromettre l'indépendance de son exposé des faits. Nous sommes d'accord avec le juge Sharpe pour affirmer qu'un avocat peut légitimement donner le genre de conseils suivants à un policier :

[TRADUCTION]

- l'agent doit terminer ses notes au sujet de l'incident avant la fin de sa période de service à moins d'en être dispensé par le chef de police;
- l'avocat ne peut conseiller l'agent sur la teneur de ses notes; il doit se contenter de lui rappeler qu'il doit rendre compte de façon complète et honnête de l'incident, d'après ses souvenirs et dans ses propres mots;
- les notes doivent être soumises au chef de police;
- si l'agent est un agent impliqué, le chef de police ne transmettra pas les notes à l'UES;
- si l'agent est un agent témoin, le chef de police transmettra les notes à l'UES;
- l'agent devra répondre aux questions des enquêteurs de l'UES; il a le droit de consulter un avocat avant son entrevue avec l'UES et il a droit à la présence d'un avocat au cours de son entrevue. [par. 81]

Ces éléments donnent un aperçu des étapes et de la procédure suivies au cours d'une enquête de l'UES. Il n'y a rien de mal à permettre à un agent de police de recevoir ce genre de conseils d'un avocat. Notre collègue laisse entendre que ce type de consultation ne comporte « aucun avantage tangible » (par. 84). Bien qu'une brève conversation de ce genre à caractère informatif puisse ne pas se révéler aussi utile qu'une consultation juridique détaillée au sujet des rapports entre les notes de l'agent et sa responsabilité éventuelle, elle peut contribuer à rappeler à ce dernier ses obligations en pareilles circonstances et à le mettre plus à l'aise à la suite d'un incident possiblement traumatisant. Il ne fait aucun doute que des renseignements au sujet des droits et obligations prévus par le régime législatif seraient utiles.

[109] Indeed, our colleague recognizes the natural instinct officers would have to listen to the “good advice of counsel” (para. 77). We are in complete agreement. For this reason, with such limits outlined above, there are no reasonable grounds for concern regarding an officer’s reliance on legal counsel’s advice. Further, there are no reasonable grounds for the public to suspect that counsel will not abide by these limits. Lawyers have duties towards both the public and the court. One of these duties is to encourage their clients to comply with the law. According to M. Orkin in *Legal Ethics* (2nd ed. 2011), at p. 16:

It follows that the lawyer should uphold the law; should not advise or assist the client in violating the law; . . . and should help to improve the administration of justice.

. . . Not only is a lawyer required affirmatively to uphold the law, but is also under a duty not to subvert the law.

This is not novel to our legal tradition. We expect and trust lawyers to act as ethical agents as part of our justice system. As Estey J. stated in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 211, citing *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1973), vol. 3, at para. 1137, with approval:

A barrister has a duty to his client fearlessly to raise every issue, advance every argument and ask every question, however distasteful, which he properly may and which he thinks will help his client’s case, without regard to any unpleasant consequences to himself or any other person. In the interests of the administration of justice, however, a barrister has an overriding duty to the court, to the standards of his profession and to the public. Thus, he must not knowingly mislead the court; this duty prevails over that he owes to his client. [Emphasis added.]

[109] D’ailleurs, notre collègue reconnaît qu’il est tout à fait normal que l’agent écoute « les conseils judicieux de son avocat » (par. 77). Nous sommes entièrement d’accord avec lui. Pour cette raison et compte tenu des limites déjà exprimées, nous estimons qu’il n’y a aucun motif raisonnable de craindre qu’un policier suive les conseils qu’il reçoit d’un avocat. En outre, aucun motif raisonnable ne justifierait une crainte du public que les avocats ne respectent pas les limites relatives à la nature de la consultation. Les avocats ont des obligations tant envers le public qu’envers le tribunal, et notamment celle d’inciter leurs clients à respecter la loi. Nous renvoyons, à ce propos, aux commentaires de M. Orkin dans son ouvrage *Legal Ethics* (2^e éd. 2011), p. 16 :

[TRADUCTION] Il s’ensuit que l’avocat doit veiller au respect de la loi; qu’il ne devrait pas conseiller à son client de violer la loi ni l’aider à la violer; [. . .] et qu’il devrait contribuer à améliorer l’administration de la justice.

. . . Non seulement l’avocat a-t-il l’obligation positive d’assurer le respect de la loi, mais il est également tenu de ne pas contourner la loi.

Rien de tout cela n’est nouveau dans notre tradition juridique. Nous nous attendons à ce que les avocats agissent conformément aux règles de déontologie en leur qualité de participants au système de justice. Comme le juge Estey le déclare dans l’arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, p. 211, en citant et en approuvant un extrait des *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1973), vol. 3, par. 1137 :

Le « *barrister* » a envers son client l’obligation de soulever sans hésitation tout point, de faire valoir tout argument et de poser toute question, si déplaisant soit-il, qui peut adéquatement aider, et qu’il pense pouvoir aider la cause de son client, sans égard aux conséquences déplaisantes éventuelles pour lui-même ou pour toute autre personne. Cependant dans l’intérêt de l’administration de la justice, le « *barrister* » a une obligation primordiale envers le tribunal, les normes de sa profession et le public. Ainsi il ne doit pas induire volontairement le tribunal en erreur; cette obligation prévaut sur celle qu’il a envers son client. [Je souligne.]

[110] If the ethical duties of lawyers are fulfilled, which we trust them to be, there is no inconsistency with the provision of basic legal advice and the overarching purpose of public oversight of police. As we said above, legal advice relating to the content of the notes, however, might run the risk of compromising the independence of an officer's recollection of the facts by shifting an officer's focus from what occurred to potential legal consequences under various scenarios. However, the reasons of the Court of Appeal properly addressed the scope of advice to which a police officer is entitled if he or she chooses to seek it in order to safeguard the independence of the drafting of notes. Only liberties that are expressly displaced or inconsistent with the purposes of the Act or a police officer's duties should be restricted. There is no need to completely eliminate a police officer's liberty to consult counsel.

[111] For these reasons, we would dismiss the appeal and the cross-appeal.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed, LEBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting on cross-appeal.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Ruth Schaeffer, Evelyn Minty and Diane Pinder: Falconer Charney, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Ian Scott, Director of the Special Investigations Unit: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondent/respondent on cross-appeal Julian Fantino, Commissioner of the Ontario Provincial Police: Ministry of Community Safety and Correctional Services, Orillia, Ontario.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

[110] Si, comme nous le croyons, les avocats respectent leurs obligations en matière d'éthique, le fait de donner des conseils juridiques de base ne saurait contredire l'objectif primordial que vise la surveillance de la police par le public. Comme nous l'avons expliqué, des conseils juridiques sur la teneur des notes du policier risquent toutefois de compromettre l'indépendance du récit de l'agent et de faire en sorte que l'exercice soit axé, non pas sur les faits survenus, mais sur les conséquences juridiques auxquelles l'agent s'expose suivant divers scénarios. Toutefois, la Cour d'appel, pour préserver l'indépendance de la rédaction des notes, a bien défini la portée des conseils qu'un agent de police a le droit de recevoir s'il choisit de consulter un avocat. Seules les libertés qui sont expressément écartées ou qui sont inconciliables avec les objectifs de la Loi ou le devoir du policier devraient être restreintes. Rien ne justifie de supprimer entièrement la liberté des agents de police de consulter un avocat.

[111] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi ainsi que le pourvoi incident.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, les juges LEBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents quant au pourvoi incident.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Ruth Schaeffer, Evelyn Minty et Diane Pinder : Falconer Charney, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident Ian Scott, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimé/intimé au pourvoi incident Julian Fantino, commissaire de la Police provinciale de l'Ontario : Ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels, Orillia, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Solicitor for the intervener Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia: Independent Investigations Office of British Columbia, Surrey.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Stevensons, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario: David B. Butt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Procureur de l'intervenant Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia : Independent Investigations Office of British Columbia, Surrey.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Stevensons, Toronto.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario : David B. Butt, Toronto.

Attorney General of Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch and
Valerie Scott** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

- and -

Attorney General of Ontario *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch
and Valerie Scott** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Quebec,
Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex
Workers United Against Violence Society,
PACE Society,
Secretariat of the Joint United
Nations Programme on HIV/AIDS,
British Columbia Civil Liberties Association,
Evangelical Fellowship of Canada,
Canadian HIV/AIDS Legal Network,
British Columbia Centre for
Excellence in HIV/AIDS,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Canadian Association of
Sexual Assault Centres,
Native Women's Association of Canada,
Canadian Association of Elizabeth
Fry Societies,
Action ontarienne contre la violence
faite aux femmes,
Concertation des luttes contre
l'exploitation sexuelle,
Regroupement québécois des Centres d'aide
et de lutte contre les agressions à caractère**

Procureur général du Canada *Appellant/
Intimé au pourvoi incident*

c.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et
Valerie Scott** *Intimées/Appelantes au pourvoi
incident*

- et -

Procureur général de l'Ontario *Appellant/
Intimé au pourvoi incident*

c.

**Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch
et Valerie Scott** *Intimées/Appelantes au
pourvoi incident*

et

**Procureur général du Québec,
Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex
Workers United Against Violence Society,
PACE Society,
Secrétariat du Programme commun
des Nations Unies sur le VIH/sida,
Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique,
Alliance évangélique du Canada,
Réseau juridique canadien VIH/sida,
British Columbia Centre for
Excellence in HIV/AIDS,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Association canadienne des centres
contre les agressions à caractère sexuel,
Association des femmes autochtones
du Canada,
Association canadienne des Sociétés
Elizabeth Fry,
Action ontarienne contre la
violence faite aux femmes,
Concertation des luttes contre
l'exploitation sexuelle,**

sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Christian Legal Fellowship, Catholic Civil Rights League, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Simone de Beauvoir Institute, AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenors*

Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Alliance des chrétiens en droit, Ligue catholique des droits de l'homme, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Institut Simone de Beauvoir, AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BEDFORD

2013 SCC 72

File No.: 34788.

2013: June 13; 2013: December 20.*

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person rights by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

* A judgment was issued on January 17, 2014, amending para. 164 of both versions of the reasons. The amendments are included in these reasons.

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BEDFORD

2013 CSC 72

N° du greffe : 34788.

2013 : 13 juin; 2013 : 20 décembre*.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

* Un jugement a été rendu le 17 janvier 2014, modifiant le par. 164 des deux versions des motifs. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

Courts — Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge’s findings on social and legislative facts.

B, L and S, current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which criminalize various activities related to prostitution, infringe their rights under s. 7 of the *Charter*: s. 210 makes it an offence to keep or be in a bawdy-house; s. 212(1)(j) prohibits living on the avails of prostitution; and, s. 213(1)(c) prohibits communicating in public for the purposes of prostitution. They argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, by preventing them from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or “screening” potential clients — that could protect them from violence. B, L and S also alleged that s. 213(1)(c) infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(b) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

The Ontario Superior Court of Justice granted the application, declaring, without suspension, that each of the impugned *Criminal Code* provisions violated the *Charter* and could not be saved by s. 1. The Ontario Court of Appeal agreed s. 210 was unconstitutional and struck the word “prostitution” from the definition of “common bawdy-house” as it applies to s. 210, however it suspended the declaration of invalidity for 12 months. The court declared that s. 212(1)(j) was an unjustifiable violation of s. 7, ordering the reading in of words to clarify that the prohibition on living on the avails of prostitution applies only to those who do so “in circumstances of exploitation”. It further held the communicating prohibition under s. 213(1)(c) did not violate either s. 2(b) or s. 7. The Attorneys General appeal from the declaration that ss. 210 and 212(1)(j) of the *Code* are unconstitutional. B, L and S cross-appeal on the constitutionality of s. 213(1)(c) and in respect of the s. 210 remedy.

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

B, L et S — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement déclarant que trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui criminalisent diverses activités liées à la prostitution, portent atteinte au droit que leur garantit l’art. 7 de la *Charte* : l’art. 210 crée l’acte criminel de tenir une maison de débauche ou de s’y trouver; l’al. 212(1)(j) interdit de vivre des produits de la prostitution d’autrui; l’al. 213(1)(c) interdit la communication en public à des fins de prostitution. Elles font valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées en ce qu’elles les empêchent de prendre certaines mesures de protection contre les actes de violence, telles l’embauche d’un garde ou l’évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l’al. 213(1)(c) porte atteinte à la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte* et qu’aucune des dispositions n’est sauvegardée par l’article premier.

La Cour supérieure de justice de l’Ontario a fait droit à la demande et déclaré, sans effet suspensif, que chacune des dispositions contestées du *Code criminel* porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* et ne peut être sauvegardée par application de l’article premier. La Cour d’appel de l’Ontario a convenu de l’inconstitutionnalité de l’art. 210 et radié le mot « prostitution » de la définition de « maison de débauche » applicable à cette disposition, mais elle a suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité pendant 12 mois. Elle a statué que l’al. 212(1)(j) constitue une atteinte injustifiable au droit garanti à l’art. 7 et ordonné d’interpréter la disposition de manière que l’interdiction vise seulement les personnes qui vivent de la prostitution d’autrui « dans des situations d’exploitation », comme si ces mots y étaient employés. Elle a par ailleurs estimé que l’interdiction de communiquer prévue à l’al. 213(1)(c) n’est attentatoire ni à la liberté garantie par l’al. 2b), ni au droit que consacre l’art. 7. Les procureurs généraux se pourvoient contre la déclaration d’inconstitutionnalité de l’art. 210 et de l’al. 212(1)(j) du *Code*. B, L et S se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l’al. 213(1)(c) et à la mesure prise pour remédier à l’inconstitutionnalité de l’art. 210.

Held: The appeals should be dismissed and the cross-appeal allowed. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(j) and 213(1)(c) of the *Criminal Code* are declared to be inconsistent with the *Charter*. The word “prostitution” is struck from the definition of “common bawdy-house” in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only. The declaration of invalidity should be suspended for one year.

The three impugned provisions, primarily concerned with preventing public nuisance as well as the exploitation of prostitutes, do not pass *Charter* muster: they infringe the s. 7 rights of prostitutes by depriving them of security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether this Court should depart from or revisit its conclusion in the *Prostitution Reference* that s. 213(1)(c) does not violate s. 2(b) since it is possible to resolve this case entirely on s. 7 grounds.

The common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. However, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. The threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. In this case, the application judge was entitled to rule on the new legal issues of whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7, as the majority decision of this Court in the *Prostitution Reference* was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years. The application judge was not, however, entitled to decide the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference* and was binding on her.

The application judge’s findings on social and legislative facts are entitled to deference. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative,

Arrêt : Les pourvois sont rejetés, et le pourvoi incident est accueilli. L’article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)(j) et 213(1)(c) du *Code criminel* sont déclarés incompatibles avec la *Charte*. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l’art. 210 uniquement. L’effet de la déclaration d’invalidité est suspendu pendant un an.

Les trois dispositions contestées, qui visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l’exploitation des prostituées, ne résistent pas au contrôle constitutionnel. Elles portent atteinte au droit à la sécurité de la personne que l’art. 7 garantit aux prostituées, et ce, d’une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Point n’est besoin de déterminer si notre Cour devrait rompre avec la conclusion qu’elle a tirée dans le *Renvoi sur la prostitution*, à savoir que l’al. 213(1)(c) ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l’al. 2b), ou la réexaminer, puisqu’il est possible de trancher en l’espèce sur le fondement du seul art. 7.

La règle du *stare decisis* issue de la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d’obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. Une juridiction inférieure ne peut toutefois pas faire abstraction d’un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu’il s’agit d’en justifier le réexamen. Les conditions sont réunies lorsqu’une nouvelle question de droit se pose ou qu’il y a une modification importante de la situation ou de la preuve. En l’espèce, la juge de première instance pouvait trancher la question nouvelle de savoir si les dispositions en cause portent atteinte ou non au droit à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7 car, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires de la Cour statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti par l’art. 7. Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les principes de justice fondamentale sont examinés sous l’angle de l’imprécision de la criminalisation indirecte et de l’acceptabilité de celle-ci. En l’espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des 20 dernières années. La juge de première instance n’était cependant pas admise à trancher la question de savoir si la disposition sur la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d’expression. Notre Cour s’était prononcée sur ce point dans le *Renvoi sur la prostitution*, et la juge était liée par cette décision.

Les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs commandent la déférence. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait —

social, or legislative — remains palpable and overriding error.

The impugned laws negatively impact security of the person rights of prostitutes and thus engage s. 7. The proper standard of causation is a flexible “sufficient causal connection” standard, as correctly adopted by the application judge. The prohibitions all heighten the risks the applicants face in prostitution — itself a legal activity. They do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks. That causal connection is not negated by the actions of third-party johns and pimps, or prostitutes’ so-called choice to engage in prostitution. While some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Moreover, it makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

The applicants have also established that the deprivation of their security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice: principles that attempt to capture basic values underpinning our constitutional order. This case concerns the basic values against arbitrariness (where there is *no connection* between the effect and the object of the law), overbreadth (where the law goes too far and interferes with *some* conduct that bears no connection to its objective), and gross disproportionality (where the effect of the law is grossly disproportionate to the state’s objective). These are three distinct principles, but overbreadth is related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is no connection between the law’s effect and its objective. All three principles compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law’s effectiveness; they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits or is negatively impacted. The analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone’s* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently

qu’elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l’erreur manifeste et dominante.

Les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu le droit garanti à l’art. 7. La norme qui convient est celle du « lien de causalité suffisant », appliquée avec souplesse, celle retenue à juste titre par la juge de première instance. Les interdictions augmentent tous les risques auxquels s’exposent les demandereses lorsqu’elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. Elles ne font pas qu’encadrer la pratique de la prostitution. Elles franchissent un pas supplémentaire déterminant par l’imposition de conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : elles empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection. Le lien de causalité n’est pas rendu inexistant par les actes de tiers (clients et proxénètes) ou le prétendu choix des intéressées de se prostituer. Bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l’activité économique risquée qu’est la prostitution (ou qui a un jour fait ce choix), de nombreuses prostituées n’ont pas vraiment d’autre solution que la prostitution. De plus, le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées ne change rien. La violence d’un client ne diminue en rien la responsabilité de l’État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

Les demandereses ont également établi que l’atteinte à leur droit à la sécurité n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale, lesquels sont censés intégrer les valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s’opposent à l’arbitraire (*absence de lien* entre l’effet de la loi et son objet), à la portée excessive (la disposition va trop loin et empiète sur *quelque* comportement sans lien avec son objectif) et à la disproportion totale (l’effet de la disposition est totalement disproportionné à l’objectif de l’État). Il s’agit de trois notions distinctes, mais la portée excessive est liée au caractère arbitraire en ce que l’absence de lien entre l’effet de la disposition et son objectif est commune aux deux. Les trois notions supposent de comparer l’atteinte aux droits qui découle de la loi avec l’objectif de la loi, et non avec son efficacité; elles ne s’intéressent pas à la réalisation de l’objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l’application de la loi ou qui en pâtit. L’analyse se veut qualitative, et non quantitative. La question que commande l’art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement

bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

Applying these principles to the impugned provisions, the negative impact of the bawdy-house prohibition (s. 210) on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective of preventing public nuisance. The harms to prostitutes identified by the courts below, such as being prevented from working in safer fixed indoor locations and from resorting to safe houses, are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. Second, the purpose of the living on the avails of prostitution prohibition in s. 212(1)(j) is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage. The law, however, punishes everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes and those who could increase the safety and security of prostitutes, for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards. It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes *some* conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is consequently overbroad. Third, the purpose of the communicating prohibition in s. 213(1)(c) is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution off the streets and out of public view in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes, who are prevented by the communicating prohibition from screening potential clients for intoxication and propensity to violence, is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

While the Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1, some of their arguments under s. 7 are properly addressed at this stage of the analysis. In particular, they attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work

mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

Si l'on applique ces notions aux dispositions contestées, l'effet préjudiciable de l'interdiction des maisons de débauche (art. 210) sur le droit à la sécurité des demandereses est totalement disproportionné à l'objectif de prévenir les nuisances publiques. Les préjudices subis par les prostituées selon les juridictions inférieures (p. ex. le fait de ne pouvoir travailler dans un lieu fixe, sûr et situé à l'intérieur, ni avoir recours à un refuge sûr) sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer les nuisances, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. L'interdiction faite à l'al. 212(1)(j) de vivre des produits de la prostitution d'autrui vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés. Or, la disposition vise toute personne qui vit des produits de la prostitution d'autrui sans établir de distinction entre celui qui exploite une prostituée et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. Certains actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent ainsi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive. L'alinéa 213(1)(c), qui interdit la communication, vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Son effet préjudiciable sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue, du fait que ces dernières sont empêchées de communiquer avec leurs clients éventuels afin de déterminer s'ils sont intoxiqués ou enclins à la violence, est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

Même si les procureurs généraux ne prétendent pas sérieusement que, si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse. En particulier, ils tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation. Or, la disposition vise non seulement

with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships. The impugned laws are not saved by s. 1.

Concluding that each of the challenged provisions violates the *Charter* does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime. Considering all the interests at stake, the declaration of invalidity should be suspended for one year.

Cases Cited

Referred to: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R.

le chauffeur ou le garde du corps, qui peut en réalité être un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur son effet qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie. Les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier.

La conclusion que les dispositions contestées portent atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne dépouille pas le législateur du pouvoir de décider des lieux et des modalités de la prostitution, à condition qu'il exerce ce pouvoir sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel. Au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, il convient de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services*

486; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) “common bawdy-house”, 210, 212(1)(j), 213(1)(c).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, Part V, s. 182.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.05(3)(g.1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. Subcommittee on Solicitation Laws of the Standing Committee on Justice and Human Rights. *The Challenge of Change: A Study of Canada’s Criminal Prostitution Laws*. Ottawa: Communication Canada, 2006.

Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817 (first published 1644).

Hogg, Peter W. “The Brilliant Career of Section 7 of the Charter” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.

Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations*, by Stephen T. Goudge. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.

Rubin, Gerald. “The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law” (1960), 6 *McGill L.J.* 168.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEALS and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk J.J.A.), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, affirming in part a decision of Himel J., 2010 ONSC 4264, 102 O.R.

communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210, 212(1)(j), 213(1)(c).
Code criminel, S.C. 1953-1954, ch. 51, partie V, art. 182.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3)(g.1).

Doctrines et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Sous-comité de l’examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada*. Ottawa : Communication Canada, 2006.

Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London : Clarke, 1817 (first published 1644).

Hogg, Peter W. « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.

Ontario. *Commission d’enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations*, par Stephen T. Goudge. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008.

Rubin, Gerald. « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, qui a confirmé en partie une décision de la juge Himel,

(3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249. Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

Michael H. Morris, Nancy Dennison and Gail Sinclair, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

Jamie C. Klukach, Christine Bartlett-Hughes and Megan Stephens, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario.

Alan N. Young, Marlys A. Edwardh and Daniel Sheppard, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Sylvain Leboeuf and Julie Dassylva, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Katrina E. Pacey, Joseph J. Arvay, Q.C., Elin R. S. Sigurdson, Lisa C. Glowacki and M. Kathleen Kinch, for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society.

Written submissions only by *Michael A. Feder and Tammy Shoranick*, for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS.

Brent B. Olthuis, Megan Vis-Dunbar and Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Georgiale A. Lang and Donald Hutchinson, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Jonathan A. Shime, Megan Schwartzentruber and Renée Lang, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet and Fay Faraday, for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of

2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249. Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Michael H. Morris, Nancy Dennison et Gail Sinclair, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada.

Jamie C. Klukach, Christine Bartlett-Hughes et Megan Stephens, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario.

Alan N. Young, Marlys A. Edwardh et Daniel Sheppard, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Sylvain Leboeuf et Julie Dassylva, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Katrina E. Pacey, Joseph J. Arvay, c.r., Elin R. S. Sigurdson, Lisa C. Glowacki et M. Kathleen Kinch, pour les intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder et Tammy Shoranick*, pour l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida.

Brent B. Olthuis, Megan Vis-Dunbar et Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Georgiale A. Lang et Donald Hutchinson, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Jonathan A. Shime, Megan Schwartzentruber et Renée Lang, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet et Fay Faraday, pour les intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association

Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel and the Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal and Amanda C. McLachlan, for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, for the intervener the Simone de Beauvoir Institute.

Gwendoline Allison, for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe and Emily R. Hill, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal et Amanda C. McLachlan, pour les intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, pour l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir.

Gwendoline Allison, pour l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe et Emily R. Hill, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. The Case	3
II. Legislation	16
III. Prior Decisions	17
A. Ontario Superior Court of Justice (Himel J.).....	17
B. Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.).....	25
IV. Discussion.....	36

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Le dossier.....	3
II. Dispositions législatives	16
III. Décisions des juridictions inférieures	17
A. Cour supérieure de Justice de l'Ontario (la juge Himel)	17
B. Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk).....	25
IV. Analyse.....	36

A. Preliminary Issues	38	A. Questions préliminaires	38
(1) Revisiting the <i>Prostitution Reference</i>	38	(1) Réexamen du <i>Renvoi sur la prostitution</i>	38
(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts	48	(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs	48
B. Section 7 Analysis	57	B. Analyse fondée sur l'art. 7	57
(1) Is Security of the Person Engaged?	58	(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu?	58
(a) Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House	61	a) Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche	61
(b) Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution	66	b) Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme	66
(c) Section 213(1)(c): Communicating in a Public Place	68	c) Alinéa 213(1)c) : Communication en public	68
(2) A Closer Look at Causation	73	(2) Examen approfondi du lien de causalité	73
(a) The Nature of the Required Causal Connection	74	a) Nature du lien de causalité requis	74
(b) Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties?	79	b) Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers?	79
(3) Principles of Fundamental Justice	93	(3) Principes de justice fondamentale	93
(a) The Applicable Norms	93	a) Normes applicables	93
(b) The Relationship Between Section 7 and Section 1	124	b) Interaction entre l'art. 7 et l'article premier	124
(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice?	130	(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale?	130

(a) Section 210: The Bawdy-House Prohibition.....	130	a) Article 210 : Interdiction des maisons de débauche.....	130
(i) The Object of the Provision.....	130	(i) Objet de la disposition.....	130
(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice.....	133	(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale	133
(b) Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution.....	137	b) Alinéa 212(1)j) :	
(i) The Object of the Provision.....	137	Proxénétisme	137
(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice.....	139	(i) Objet de la disposition.....	137
(c) Section 213(1)(c): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution	146	(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale	139
(i) The Object of the Provision	146	c) Alinéa 213(1)c) :	
(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice.....	148	Communiquer en public à des fins de prostitution	146
C. Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(b) of the <i>Charter</i> ?.....	160	(i) Objet de la disposition	146
D. Are the Infringements Justified Under Section 1 of the <i>Charter</i> ?	161	(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale.....	148
V. Result and Remedy.....	164	C. Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la <i>Charte</i> ?.....	160
		D. Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la <i>Charte</i> ?.....	161
		V. Dispositif et réparation	164

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is not a crime in Canada to sell sex for money. However, it is a crime to keep a bawdy-house, to live on the avails of prostitution or to communicate in public with respect to a proposed act of prostitution. It is argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, and are therefore unconstitutional.

[2] These appeals and the cross-appeal are not about whether prostitution should be legal or not. They are about whether the laws Parliament has enacted on how prostitution may be carried out pass constitutional muster. I conclude that they do not. I would therefore make a suspended declaration of invalidity, returning the question of how to deal with prostitution to Parliament.

I. The Case

[3] Three applicants, all current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are unconstitutional.

[4] The three impugned provisions criminalize various activities related to prostitution. They are primarily concerned with preventing public nuisance, as well as the exploitation of prostitutes. Section 210 makes it an offence to be an inmate of a bawdy-house, to be found in a bawdy-house without lawful excuse, or to be an owner, landlord, lessor, tenant, or occupier of a place who knowingly permits it to be used as a bawdy-house. Section 212(1)(j) makes it an offence to live on the avails of another's prostitution. Section 213(1)(c) makes it an offence to either stop or attempt to stop, or communicate or attempt to communicate with, someone in a public place for the purpose of engaging in prostitution or hiring a prostitute.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Au Canada, offrir ses services sexuels contre de l'argent n'est pas un crime. Par contre, tenir une maison de débauche, vivre des produits de la prostitution d'autrui ou communiquer avec quelqu'un en public en vue d'un acte de prostitution constituent des actes criminels. On fait valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées et qu'elles sont de ce fait inconstitutionnelles.

[2] Les pourvois et le pourvoi incident ne visent pas à déterminer si la prostitution doit être légale ou non, mais bien si les dispositions adoptées par le législateur fédéral pour encadrer sa pratique résistent au contrôle constitutionnel. Je conclus qu'elles n'y résistent pas. Je suis donc d'avis de les invalider avec effet suspensif et de renvoyer la question au législateur afin qu'il redéfinisse les modalités de cet encadrement.

I. Le dossier

[3] Les demandresses — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement qui déclare inconstitutionnelles trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[4] Les trois dispositions contestées criminalisent diverses activités liées à la prostitution. Elles visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées. Suivant l'art. 210, est coupable d'une infraction quiconque, selon le cas, habite une maison de débauche, est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche ou, en qualité de propriétaire, locateur, occupant ou locataire d'un local, en permet sciemment l'utilisation comme maison de débauche. L'alinéa 212(1)j) dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui. L'alinéa 213(1)c) crée l'infraction d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne ou de communiquer ou de tenter de communiquer avec elle dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre.

[5] However, prostitution itself is not illegal. It is not against the law to exchange sex for money. Under the existing regime, Parliament has confined lawful prostitution to two categories: street prostitution and “out-calls” — where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client’s home. This reflects a policy choice on Parliament’s part. Parliament is not precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes.

[6] The applicants allege that all three provisions infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by preventing prostitutes from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or “screening” potential clients — that could protect them from violent clients. The applicants also allege that s. 213(1)(c) infringes s. 2(b) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

[7] The backgrounds of the three applicants as revealed in their evidence were reviewed in the application judge’s decision (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford was born in Collingwood, Ontario, in 1959, and as of 2010 had 14 years of experience working as a prostitute in various Canadian cities. She worked as a street prostitute, a massage parlour attendant, an escort, an owner and manager of an escort agency, and a dominatrix. Ms. Bedford had a difficult childhood and adolescence during which she was subjected to various types of abuse. She also encountered brutal violence throughout her career — largely, she stated, while working on the street. In her experience, indoor prostitution is safer than prostitution on the street, although she conceded that safety of an indoor location can vary. Ms. Bedford has been convicted of both keeping and being an inmate of a common bawdy-house, for which she has paid a number of fines and served 15 months in jail.

[5] Or, la prostitution n’est pas elle-même illégale. Échanger des services sexuels contre de l’argent n’est pas contraire à la loi. Le régime actuel ne permet que deux types de prostitution : celle qui se pratique dans la rue et celle qui est « itinérante », où la prostituée se déplace pour aller à la rencontre de son client dans un endroit convenu, chez lui par exemple. Cette limitation témoigne d’un choix de politique générale du législateur. Il est loisible à ce dernier de limiter les modalités et les lieux d’exercice de la prostitution à condition qu’il le fasse sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées.

[6] Les demanderesse soutiennent que les dispositions portent toutes trois atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte canadienne de droits et libertés* en ce qu’elles empêchent les prostituées de prendre certaines mesures pour se prémunir contre les actes de violence, telles l’embauche d’un garde ou l’évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l’al. 213(1)c) porte atteinte à une liberté garantie à l’al. 2b) de la *Charte* et qu’aucune des dispositions n’est sauvegardée par l’article premier.

[7] Dans sa décision, la juge de première instance relate l’histoire personnelle de chacune des trois demanderesse à partir de leurs témoignages (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford est née en 1959 à Collingwood, en Ontario. En 2010, elle se prostituait depuis 14 ans et avait travaillé dans différentes villes canadiennes. Elle a été tour à tour prostituée dans la rue, employée de salon de massage, escorte, propriétaire et directrice d’une agence d’escortes, puis dominatrice. Elle a connu une enfance et une adolescence difficiles pendant lesquelles elle a subi divers types de violence. Elle a également été victime d’actes de violence pendant ses années de prostitution, surtout, a-t-elle expliqué, lorsqu’elle travaillait dans la rue. Elle en conclut que la prostitution pratiquée à l’intérieur est moins risquée que la prostitution dans la rue, même si elle reconnaît que la sécurité à l’intérieur peut varier d’un lieu à l’autre. M^{me} Bedford a été déclarée coupable d’avoir tenu et habité une maison de débauche, deux infractions qui lui ont valu des amendes et une peine d’emprisonnement de 15 mois.

[9] When she ran an escort service in the 1980s, Ms. Bedford instituted various safety measures, including: ensuring someone else was on location during in-calls, except during appointments with well-known clients; ensuring that women were taken to and from out-call appointments by a boyfriend, husband, or professional driver; if an appointment was at a hotel, calling the hotel to verify the client's name and hotel room number; if an appointment was at a client's home, calling the client's phone to ensure it was the correct number; turning down appointments from clients who sounded intoxicated; and verifying that credit card numbers matched the names of clients. She claimed she was not aware of any incidents of violence by the clientele towards her employees during that time. At some point in the 1990s, Ms. Bedford ran the Bondage Bungalow, where she offered dominatrix services. She also instituted various safety measures at this establishment, and claimed she only experienced one incident of "real violence" (application decision, at para. 30).

[10] Ms. Bedford is not currently working in prostitution but asserted that she would like to return to working as a dominatrix in a secure, indoor location; however, she is concerned that in doing so, she would be exposed to criminal liability. Furthermore, she does not want the people assisting her to be subject to criminal liability due to the living on the avails of prostitution provision.

[11] Amy Lebovitch was born in Montréal in 1979. She comes from a stable background and attended both CEGEP and university. She currently works as a prostitute and has done so since approximately 1997 in various cities in Canada. She worked first as a street prostitute, then as an escort, and later in a fetish house. Ms. Lebovitch considers herself lucky that she was never subjected to violence during her years working on the streets. She moved off the streets to work at the escort agency after seeing other women's injuries and hearing stories of the violence suffered by other street prostitutes. Ms. Lebovitch maintains that she felt safer in an indoor location; she attributed remaining safety issues mainly to poor management. Ms. Lebovitch experienced one notable instance of violence, which

[9] Lorsqu'elle dirigeait un service d'escortes dans les années 1980, M^{me} Bedford prenait diverses mesures de sécurité, dont les suivantes. Assurer la présence sur place d'une autre personne lors de la visite d'un nouveau client; faire en sorte que la prostituée soit amenée au lieu de rendez-vous, puis en soit ramenée par son petit ami, son mari ou un chauffeur; appeler l'hôtel où le rendez-vous est donné pour vérifier le nom du client et le numéro de sa chambre; composer le numéro de téléphone du client pour s'assurer que c'était le bon lorsque la rencontre avait lieu chez le client; refuser tout rendez-vous à un client qui semblait intoxiqué; s'assurer que le numéro de carte de crédit correspondait au nom du client. Pour autant qu'elle sache, aucune de ses employées n'a été victime d'actes de violence de la part de clients pendant cette période. À un certain moment au cours des années 1990, M^{me} Bedford a ouvert le « Bondage Bungalow » où elle a offert des services de dominatrice. Elle y a également pris des mesures de sécurité et n'a connu qu'un seul incident de [TRADUCTION] « violence véritable » (décision de première instance, par. 30).

[10] Pour l'heure, M^{me} Bedford ne se livre pas à la prostitution. Elle aimerait reprendre ses activités de dominatrice dans un lieu sûr, à l'intérieur, mais elle craint d'engager alors sa responsabilité criminelle. Elle ajoute ne pas vouloir non plus que ses collaborateurs s'exposent à des accusations de proxénétisme.

[11] Née en 1979 à Montréal, Amy Lebovitch a grandi dans une famille stable et a fréquenté le cégep et l'université. Elle se livre actuellement à la prostitution. Elle a commencé vers 1997 et a travaillé dans plusieurs villes du Canada. Elle s'est d'abord prostituée dans la rue, puis comme escorte et, enfin, dans une maison fétichiste. Elle s'estime chanceuse de n'avoir jamais été victime de violence au cours des années où elle a travaillé dans la rue. Elle a quitté ce milieu pour devenir escorte après avoir vu les blessures infligées à d'autres prostituées de la rue et avoir entendu le récit des actes de violence commis à leur endroit. M^{me} Lebovitch soutient qu'elle se sent davantage en sécurité lorsqu'elle se livre à la prostitution à l'intérieur. Selon elle, les incidents qui s'y produisent malgré tout sont

she did not report to the police out of fear of police scrutiny and the possibility of criminal charges.

[12] Presently, Ms. Lebovitch primarily works independently out of her home, where she takes various safety precautions, including: making sure client telephone calls are from unblocked numbers; not taking calls from clients who sound drunk, high, or in another manner undesirable; asking for expectations upfront; taking clients' full names and verifying them using directory assistance; getting referrals from regular clients; and calling a third party — her “safe call” — when the client arrives and before he leaves. Ms. Lebovitch fears being charged and convicted under the bawdy-house provisions and the consequent possibility of forfeiture of her home. She says that the fear of criminal charges has caused her to work on the street on occasion. She is also concerned that her partner will be charged with living on the avails of prostitution. She has never been charged with a criminal offence of any kind. Ms. Lebovitch volunteers as the spokesperson for Sex Professionals of Canada (“SPOC”), and she also records information from women calling to report “bad dates” — incidents that ended in violence or theft. Ms. Lebovitch stated that she enjoys her job and does not plan to leave it in the foreseeable future.

[13] Valerie Scott was born in Moncton, New Brunswick, in 1958. She is currently the executive director of SPOC, and she no longer works as a prostitute. In the past, she worked indoors, from her home or in hotel rooms; she also worked as a prostitute on the street, in massage parlours, and she ran a small escort business. She has never been charged with a criminal offence of any kind. When Ms. Scott worked from home, she would screen new clients by meeting them in public locations. She never experienced significant harm working from home. Around 1984, as awareness about HIV/AIDS increased, Ms. Scott was compelled to work as a street prostitute, since indoor clients felt entitled not to wear condoms. On the street, she was subjected to threats of violence, as well as verbal and physical abuse. Ms. Scott described some precautions street

essentiellement attribuables à une mauvaise gestion. Elle n'a connu qu'un seul cas de violence digne de mention, qu'elle n'a toutefois pas dénoncé de crainte d'attirer l'attention de la police sur ses activités et d'être accusée au criminel.

[12] À l'heure actuelle, M^{me} Lebovitch se prostitue essentiellement chez elle, de manière autonome. Elle prend diverses précautions, dont s'assurer que le numéro de téléphone du client n'est pas masqué, refuser un client qui semble ivre, intoxiqué ou par ailleurs rebutant, s'enquérir au départ des attentes du client, lui demander son nom au complet et vérifier son identité à l'assistance annuaire, obtenir des références d'un client fiable et appeler un tiers — son « ange gardien » — à l'arrivée du client et peu avant qu'il ne parte. M^{me} Lebovitch craint d'être accusée et déclarée coupable de tenir une maison de débauche et que sa demeure soit confisquée en conséquence. Elle affirme que la peur d'être accusée au criminel l'a parfois amenée à travailler dans la rue. Elle craint également que son conjoint ne soit accusé de proxénétisme. Elle n'a jamais fait l'objet d'accusations au pénal. Elle est porte-parole bénévole de l'organisme Sex Professionals of Canada (« SPOC ») et consigne par ailleurs les incidents que lui signalent des prostituées victimes de violence ou de vol de la part de clients. M^{me} Lebovitch dit aimer son travail et n'entend pas en changer dans un avenir prévisible.

[13] Née en 1958 à Moncton, au Nouveau-Brunswick, Valerie Scott est actuellement directrice administrative de SPOC. Elle ne travaille plus comme prostituée, mais elle l'a fait, à l'intérieur, chez elle ou dans des chambres d'hôtel, dans la rue et dans des salons de massage. Elle a aussi dirigé une petite agence d'escortes. Elle n'a jamais été accusée de la moindre infraction criminelle. Lorsqu'elle travaillait chez elle, elle soumettait tout nouveau client à une évaluation préalable lors d'une rencontre dans un lieu public. Elle n'a alors jamais eu d'ennuis graves. Vers 1984, les craintes accrues suscitées par le VIH/SIDA l'ont amenée à travailler dans la rue car les clients qu'elle recevait chez elle se croyaient dispensés du port du condom. Dans la rue, elle a été l'objet de menaces de violence ainsi que d'agressions verbales et physiques. Elle fait

prostitutes took prior to the enactment of the communicating law, including working in pairs or threes and having another prostitute visibly write down the client's licence plate number, so he would know he was traceable if something was to go wrong.

[14] Ms. Scott worked as an activist and, among other things, advocated against Bill C-49 (which included the current communicating provision). Ms. Scott stated that following the enactment of the communicating law, the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes ("CORP") began receiving calls from women working in prostitution about the increased enforcement of the laws and the prevalence of bad dates. In response, Ms. Scott was involved in setting up a drop-in and phone centre for prostitutes in Toronto; within the first year, Ms. Scott spoke to approximately 250 prostitutes whose main concerns were client violence and legal matters arising from arrest. In 2000, Ms. Scott formed SPOC to revitalize and continue the work previously done by CORP. As the executive director of this organization, she testified before a Parliamentary Subcommittee on Solicitation Laws in 2005. Over the years, Ms. Scott estimates that she has spoken with approximately 1,500 women working in prostitution. If this challenge is successful, Ms. Scott would like to operate an indoor prostitution business. While she recognizes that clients may be dangerous in both outdoor and indoor locations, she would institute safety precautions such as checking identification of clients, making sure other people are close by during appointments to intervene if needed, and hiring a bodyguard.

[15] The three applicants applied pursuant to rule 14.05(3)(g.1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for an order that the provisions restricting prostitution are unconstitutional. The evidentiary record consists of over 25,000 pages of evidence in 88 volumes. The affidavit evidence was accompanied by a large volume of studies, reports, newspaper articles, legislation, Hansard and many

état de certaines précautions que les prostituées de la rue prenaient avant l'adoption des dispositions interdisant la communication, dont le travail à deux ou à trois ou la prise ostensible du numéro de plaque du client par une autre prostituée afin que ce dernier sache qu'on pouvait le retracer si les choses tournaient mal.

[14] M^{me} Scott a été militante. Elle a notamment fait campagne contre le projet de loi C-49 (dont est issue la disposition actuelle interdisant la communication). Elle dit qu'après l'interdiction de la communication, la Canadian Organization for the Rights of Prostitutes (« CORP ») a commencé à recevoir des appels de prostituées qui constataient une répression policière accrue et un plus grand nombre d'incidents avec des clients. C'est pourquoi elle a participé à la mise sur pied à Toronto d'un centre d'aide aux prostituées dont les services étaient offerts sur place et au téléphone. Dès la première année, M^{me} Scott s'est entretenue avec environ 250 prostituées dont les principaux sujets de préoccupation étaient la violence des clients et les conséquences juridiques d'une arrestation. En 2000, elle a créé SPOC afin de donner une nouvelle impulsion au travail entrepris par la CORP. C'est à titre de directrice administrative de cet organisme qu'elle a témoigné en 2005 devant le Sous-comité parlementaire de l'examen des lois sur le racolage. Au fil des ans, elle se serait entretenue avec environ 1 500 femmes qui se livrent à la prostitution. Si les appelantes ont gain de cause, M^{me} Scott aimerait se mettre à son compte et offrir des services de prostitution à l'intérieur. Elle reconnaît qu'un client peut se révéler dangereux tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, mais elle prendrait des précautions, comme la vérification de l'identité du client, la présence d'une autre personne à proximité qui puisse intervenir au besoin lors d'un rendez-vous et l'embauche d'un garde du corps.

[15] Les trois demandresses ont demandé, sur le fondement de l'al. 14.05(3)g.1 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, que les dispositions qui limitent la prostitution soient déclarées inconstitutionnelles. Le dossier de preuve compte plus de 25 000 pages et 88 volumes. La preuve par affidavit s'accompagne d'une foule d'études, de rapports, d'articles de journaux, d'extraits de textes

other documents. Some of the affiants were cross-examined.

II. Legislation

[16] The relevant legislation is as follows:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

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.

Criminal Code

197. (1) In this Part,

. . .

“common bawdy-house” means a place that is

(a) kept or occupied, or

(b) resorted to by one or more persons

for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency;

210. (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Every one who

de loi et des Débats de la Chambre des communes, et de nombreux autres documents. Certains déposants ont été contre-interrogés.

II. Dispositions législatives

[16] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes :

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

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.

Code criminel

197. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

. . .

« maison de débauche » Local qui, selon le cas :

a) est tenu ou occupé;

b) est fréquenté par une ou plusieurs personnes,

à des fins de prostitution ou pour la pratique d’actes d’indécence.

210. (1) Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas :

(a) is an inmate of a common bawdy-house,

(b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(c) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Where a person is convicted of an offence under subsection (1), the court shall cause a notice of the conviction to be served on the owner, landlord or lessor of the place in respect of which the person is convicted or his agent, and the notice shall contain a statement to the effect that it is being served pursuant to this section.

(4) Where a person on whom a notice is served under subsection (3) fails forthwith to exercise any right he may have to determine the tenancy or right of occupation of the person so convicted, and thereafter any person is convicted of an offence under subsection (1) in respect of the same premises, the person on whom the notice was served shall be deemed to have committed an offence under subsection (1) unless he proves that he has taken all reasonable steps to prevent the recurrence of the offence.

212. (1) Every one who

. . .

(j) lives wholly or in part on the avails of prostitution of another person,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

213. (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

. . .

a) habite une maison de débauche;

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche;

c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

(3) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction visée au paragraphe (1), le tribunal fait signifier un avis de la déclaration de culpabilité au propriétaire ou locateur du lieu à l'égard duquel la personne est déclarée coupable, ou à son agent, et l'avis doit contenir une déclaration portant qu'il est signifié selon le présent article.

(4) Lorsqu'une personne à laquelle un avis est signifié en vertu du paragraphe (3) n'exerce pas immédiatement tout droit qu'elle peut avoir de résilier la location ou de mettre fin au droit d'occupation que possède la personne ainsi déclarée coupable, et que, par la suite, un individu est déclaré coupable d'une infraction visée au paragraphe (1) à l'égard du même local, la personne à qui l'avis a été signifié est censée avoir commis une infraction visée au paragraphe (1), à moins qu'elle ne prouve qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher le renouvellement de l'infraction.

212. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, selon le cas :

. . .

j) vit entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne.

213. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre :

. . .

(c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

III. Prior Decisions

A. *Ontario Superior Court of Justice (Himel J.)*

[17] The application judge, Himel J., concluded that the applicants had private interest standing to challenge the provisions. She held that the decision of this Court upholding the bawdy-house and communicating law in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (“*Prostitution Reference*”), did not prevent her from reviewing their constitutionality because: (1) s. 7 jurisprudence has evolved considerably since 1990; in particular, the doctrines of arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality had not yet been fully articulated and therefore were not argued or considered in the *Prostitution Reference*; (2) the evidentiary record before her was much richer, based on research not available in 1990; (3) the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* may no longer be valid; and (4) the type of expression at issue differed from that considered in the *Prostitution Reference*.

[18] In considering the legislative scheme as it exists and the evidence before her, Himel J. found that each of the impugned laws deprived the applicants and others like them of their liberty (by reason of potential imprisonment) and their security of the person (because they increased the risk of injury). The increased risk of violence created by the laws constituted a “sufficient” cause, engaging the security of the person protected by s. 7. She stated:

With respect to s. 210, the evidence suggests that working in-call is the safest way to sell sex; yet, prostitutes

c) soit arrête ou tente d’arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge Himel)*

[17] En première instance, la juge Himel conclut que les demandresses ont qualité pour agir dans l’intérêt privé et contester les dispositions. Elle estime que le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), dans lequel notre Cour confirme la validité des dispositions sur les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution, ne l’empêche pas d’examiner leur constitutionnalité, car (1) la jurisprudence relative à l’art. 7 a beaucoup évolué depuis 1990 et, plus particulièrement, les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale n’étaient pas encore bien arrêtées, de sorte qu’elles n’avaient pas été invoquées ou examinées dans cette affaire, (2) le dossier de preuve est beaucoup plus étoffé et repose sur les résultats de recherches qui n’étaient pas disponibles en 1990, (3) les données sociales, politiques et économiques qui sous-tendent le *Renvoi sur la prostitution* ne sont peut-être plus valables et (4) l’expression considérée en l’espèce diffère de celle examinée dans le *Renvoi sur la prostitution*.

[18] Après examen du régime législatif existant et de la preuve offerte, la juge Himel conclut que les dispositions contestées portent toutes trois atteinte au droit à la liberté (en raison du risque d’emprisonnement) et à la sécurité (en raison du risque accru de préjudice) des demandresses et d’autres personnes dans la même situation. Le risque accru de violence créé par les dispositions « suffit » pour mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7. Elle déclare :

[TRADUCTION] À l’égard de l’art. 210, les preuves indiquent que travailler à l’intérieur est la façon la plus

who attempt to increase their level of safety by working in-call face criminal sanction. With respect to s. 212(1)(j), prostitution, including legal out-call work, may be made less dangerous if a prostitute is allowed to hire an assistant or a bodyguard; yet, such business relationships are illegal due to the living on the avails of prostitution provision. Finally, s. 213(1)(c) prohibits street prostitutes, who are largely the most vulnerable prostitutes and face an alarming amount of violence, from screening clients at an early, and crucial stage of a potential transaction, thereby putting them at an increased risk of violence.

In conclusion, these three provisions prevent prostitutes from taking precautions, some extremely rudimentary, that can decrease the risk of violence towards them. Prostitutes are faced with deciding between their liberty and their security of the person. Thus, while it is ultimately the client who inflicts violence upon a prostitute, in my view the law plays a sufficient contributory role in preventing a prostitute from taking steps that could reduce the risk of such violence. [paras. 361-62]

[19] Himel J. concluded that the deprivation of security thus established was not in accordance with the principles of fundamental justice, notably the requirements that laws not infringe security of the person in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate.

[20] Himel J. found the bawdy-house provision (s. 210) overbroad because it extended to virtually any place and allowed for convictions that were unrelated to the objective of preventing community nuisance. And the harms it inflicted were grossly disproportionate to the few nuisance complaints received. The effect of preventing prostitutes from working in-call at a regular indoor location was to force them to choose between their liberty interest (obeying the law) and their personal security.

[21] Himel J. found the prohibition against living on the avails of prostitution (s. 212(1)(j)) arbitrary, overbroad and grossly disproportionate. While targeting exploitation by pimps, the provision

sécuritaire de vendre des services à caractère sexuel. Pourtant, les prostituées qui tentent d'accroître leur niveau de sécurité en travaillant à l'intérieur sont passibles d'une sanction pénale. Relativement à l'al. 212(1)(j), la prostitution, y compris le travail légal « itinérant », pourrait être plus sécuritaire si la prostituée avait le droit d'embaucher un adjoint ou un garde du corps. Pourtant, de telles relations de travail sont illégales en raison de la disposition interdisant de vivre des produits de la prostitution. En dernier lieu, l'al. 213(1)(c) interdit aux prostituées de la rue, qui sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence, de présélectionner les clients à l'étape initiale, et cruciale, de la transaction possible, les exposant ainsi à un risque accru de violence.

En conclusion, ces trois dispositions empêchent les prostituées de prendre des précautions, certaines extrêmement rudimentaires, qui pourraient réduire le risque de violence à leur endroit. Les prostituées sont obligées de choisir entre la liberté et la sécurité de leur personne. Ainsi, bien que ce soit le client qui, en fin de compte, fasse subir la violence à la prostituée, je suis d'avis que la loi contribue suffisamment à empêcher qu'une prostituée prenne des mesures qui pourraient réduire le risque d'une telle violence. [par. 361-362]

[19] La juge Himel conclut que la privation du droit à la sécurité qui en résulte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, dont celui qui empêche le législateur de porter atteinte au droit à la sécurité de la personne par l'adoption d'une disposition arbitraire ou totalement disproportionnée ou dont la portée est trop grande.

[20] À son avis, la disposition sur les maisons de débauche (l'art. 210) a une portée trop grande en ce qu'elle vise pratiquement tout lieu et réprime des actes qui n'ont rien à voir avec l'objectif d'empêcher les nuisances publiques. De plus, le préjudice infligé est totalement disproportionné compte tenu du nombre peu élevé de plaintes pour nuisance. Empêcher les prostituées de se livrer à la prostitution dans un lieu établi, situé à l'intérieur, les contraint à renoncer à leur liberté (par l'observation de la loi) ou à leur sécurité personnelle.

[21] La juge Himel estime que l'interdiction du proxénétisme (l'al. 212(1)(j)) est arbitraire et totalement disproportionnée, et que sa portée est trop grande. Même si elle est censée réprimer

encompasses virtually anyone who provides services to prostitutes. Prostitutes are forced to work alone, increasing the risk of harm, or work with people prepared to break the law. It increases reliance on pimps, and is therefore arbitrary. It catches non-exploitative relationships, and is therefore overbroad. And it creates the risk of severe violence from pimps and exploiters, making it grossly disproportionate.

[22] Finally, Himel J. found the prohibition on communicating for the purposes of prostitution (s. 213(1)(c)) violates the principle against gross disproportionality. By preventing prostitutes from screening clients — an essential tool for enhancing their safety — it endangers them out of all proportion to the small social benefit it provides. It also infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(b) of the *Charter*.

[23] Himel J. found that the infringement of the s. 7 and s. 2(b) rights imposed by the laws could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[24] In the result, Himel J. declared the communicating and living on the avails offences unconstitutional, without suspension, and rectified the bawdy-house prohibition by striking the word “prostitution” from the definition of “common bawdy-house” in s. 197(1) as it applies to s. 210.

B. *Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk J.J.A.)*

[25] The majority of the Court of Appeal, *per Doherty, Rosenberg and Feldman J.J.A.* (with whom the minority *per MacPherson J.A.* concurred on these issues), agreed with the application judge that the bawdy-house and living on the avails provisions were unconstitutional on the basis that they

l’exploitation par le proxénète, la disposition vise pratiquement toute personne qui offre des services à une prostituée. Celle-ci est obligée soit de travailler seule, ce qui augmente le risque auquel elle s’expose, soit de travailler avec des gens qui sont disposés à contrevenir à la loi. L’interdiction accroît la dépendance des prostituées envers les souteneurs, ce qui la rend arbitraire. Elle s’applique à des rapports exempts d’exploitation, de sorte que sa portée est trop grande. Enfin, elle crée un risque de violence grave de la part des proxénètes et des exploiters, d’où son caractère totalement disproportionné.

[22] Enfin, la juge Himel statue que l’interdiction de communiquer en vue de se livrer à la prostitution (l’al. 213(1)c)) va à l’encontre du principe de la proportionnalité. Parce qu’elle empêche les prostituées de jauger leurs clients — une mesure essentielle à l’accroissement de leur sécurité —, l’interdiction les expose à un danger disproportionné au faible avantage social obtenu. Elle porte par ailleurs atteinte à la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte*.

[23] La juge Himel opine que l’atteinte au droit et à la liberté garantis à l’art. 7 et à l’al. 2b) qui découle des dispositions en cause ne peut se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*.

[24] Elle déclare donc inconstitutionnelles, sans effet suspensif, les dispositions créant les infractions de communication aux fins de prostitution et de proxénétisme, et elle modifie l’interdiction de tenir une maison de débauche par la suppression du mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) pour les besoins de l’art. 210.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)*

[25] Les juges majoritaires de la Cour d’appel (les juges Doherty, Rosenberg et Feldman, avec l’accord des juges minoritaires sur ces points exprimé par le juge MacPherson) conviennent avec la juge de première instance que les dispositions sur les maisons de débauche et le proxénétisme sont

engaged the security of the person in a way that was not in accordance with the principles of fundamental justice (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). In particular, the majority found as follows.

[26] The prohibition on bawdy-houses was overbroad and had an impact on security that was grossly disproportionate to any benefit conferred. The court agreed that the word “prostitution” should be struck from the definition of “common bawdy-house”. However, it suspended the declaration of invalidity for 12 months.

[27] The prohibition on living on the avails was not arbitrary, as the application judge found, but was overbroad and grossly disproportionate in its effects. However, instead of striking the provision out, the court narrowed the provision by reading in “in circumstances of exploitation” (para. 267).

[28] The majority of the Court of Appeal found the prohibition on communicating in public for the purpose of prostitution was constitutional. While it engaged security of the person, it did so in accordance with the principles of fundamental justice. The provision aims to combat nuisance-related problems caused by street solicitation. It is not arbitrary; it has been effective in protecting residential neighbourhoods from the targeted harms. Nor is it overbroad or grossly disproportionate. In finding the provision grossly disproportionate, the application judge erred by understating the objective in a way that did not reflect the evidence, and by overemphasizing the impact of the provision on prostitutes’ security of the person. The evidence did not establish that inability to communicate with customers contributed to the harm experienced by prostitutes to a degree that made the impact grossly disproportionate to the benefits. The majority also found that it was bound by the *Prostitution Reference*: thus, this provision violated s. 2(b) of the *Charter*, but was justified under s. 1 of the *Charter*.

inconstitutionnelles parce qu’elles portent atteinte à la sécurité de la personne d’une manière non conforme aux principes de justice fondamentale (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). Ils concluent notamment ce qui suit.

[26] Selon eux, l’interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande et un effet sur le droit à la sécurité qui est totalement disproportionné à l’avantage obtenu. Ils conviennent de supprimer le mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche », mais suspendent l’effet de l’invalidation pendant 12 mois.

[27] Ils opinent que l’interdiction du proxénétisme n’est pas arbitraire, contrairement à ce qu’affirme la juge de première instance, mais que sa portée est trop grande et qu’elle est totalement disproportionnée par ses effets. Toutefois, au lieu d’invalider la disposition, ils en restreignent la portée en l’interprétant largement comme si les mots [TRADUCTION] « dans des situations d’exploitation » y étaient employés (par. 267).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d’appel concluent que l’interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution est constitutionnelle. Même si elle porte atteinte à la sécurité de la personne, elle est conforme aux principes de justice fondamentale. La disposition vise à empêcher les nuisances causées par le racolage, et elle n’est pas arbitraire. Elle a permis d’assurer la quiétude des quartiers résidentiels. Sa portée n’est pas trop grande et elle n’est pas totalement disproportionnée. Pour arriver à la conclusion que la disposition est totalement disproportionnée, la juge de première instance a eu tort de sous-estimer l’objectif sans égard à la preuve et d’accorder trop d’importance aux répercussions sur le droit à la sécurité des prostituées. La preuve ne démontrait pas que l’impossibilité de communiquer avec des clients contribuait aux ennuis des prostituées au point d’avoir un effet totalement disproportionné à l’avantage obtenu. Les juges majoritaires s’estiment également liés par le *Renvoi sur la prostitution* et ils concluent que la disposition porte atteinte à la liberté garantie à l’al. 2b) de la *Charte*, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

[29] The minority, *per* MacPherson J.A. (dissenting only on this one issue), would have struck down the communicating prohibition under ss. 7 and 1 of the *Charter* as grossly disproportionate to the legislative objective of combatting social nuisance. The minority found that: (1) its effects were equally or more serious than the other provision; (2) the application judge correctly stated the objective of the provision; (3) the record supported the conclusion that screening is an essential tool for safety; (4) beyond screening, the provision adversely impacts safety by forcing prostitutes to work in isolated and dangerous areas; (5) the provision impacts the most vulnerable class of prostitutes, street workers, raising s. 15 equality concerns; (6) the recent decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the conclusion that the provision violates s. 7; and (7) the compounding effect of legislation that drives prostitutes onto the streets and then denies them the ability to evaluate prospective clients supports unconstitutionality. This conclusion made it unnecessary for the minority to consider s. 2(b) of the *Charter*.

[30] In the course of arriving at its conclusions, the majority of the Court of Appeal made a number of ancillary observations of importance.

[31] In considering the doctrine of *stare decisis* and whether the application judge was bound by the *Prostitution Reference*, the court adopted a narrow view of when a trial judge can reconsider previous decisions of the Supreme Court of Canada on the basis of changes in the social, economic or political landscapes: the trial judge cannot change the law, but is limited to making findings of fact and credibility to create the necessary evidentiary record which the Supreme Court of Canada can then consider. Reasons that justify a court departing from its own prior decisions cannot justify a lower court revisiting binding authority. This applies to

[29] Sous la plume du juge MacPherson, les juges minoritaires (dissidents sur ce seul point) auraient invalidé l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution sur le fondement de l'art. 7 et de l'article premier de la *Charte* au motif qu'elle est totalement disproportionnée à l'objectif législatif de réprimer la nuisance sociale. Selon eux, (1) ses répercussions sont aussi graves, sinon plus, que celles des autres dispositions, (2) la juge de première instance a correctement énoncé l'objectif de la disposition, (3) le dossier permettait de conclure que l'évaluation du client est essentielle à la sécurité des prostituées, (4) la disposition empêche non seulement cette évaluation, mais nuit à la sécurité des prostituées en les obligeant à travailler dans des endroits isolés et dangereux, (5) la disposition a des répercussions sur les prostituées les plus vulnérables, celles de la rue, ce qui compromet le droit à l'égalité garanti à l'art. 15, (6) notre récent arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 appuie la conclusion d'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et (7) l'effet combiné de mesures législatives ayant pour effet d'obliger les prostituées à exercer leurs activités dans la rue tout en les empêchant de jauger leurs clients éventuels va également dans le sens de l'inconstitutionnalité. Cette conclusion des juges minoritaires les dispense d'examiner l'al. 2b) de la *Charte*.

[30] Pour en arriver à leurs conclusions, les juges majoritaires formulent accessoirement un certain nombre d'observations importantes.

[31] En ce qui concerne la règle du *stare decisis* et la question de savoir si la juge était liée par le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour d'appel interprète strictement les conditions auxquelles un juge de première instance peut réexaminer une décision antérieure de notre Cour au regard de mutations sociales, économiques ou politiques. Le juge ne peut modifier le droit établi. Il doit s'en tenir à des conclusions sur les faits et la crédibilité afin de constituer le dossier de preuve à partir duquel notre Cour pourra ensuite se prononcer. Les motifs pour lesquels un tribunal peut s'écarter de ses propres décisions antérieures ne sauraient permettre à une

determining what constitutes a reasonable limit on a right under s. 1 of the *Charter* (paras. 75-76).

[32] On the standard of causation required to engage s. 7, the Court of Appeal held that the traditional causation analysis is inappropriate where it is legislation, and not the actions of a government official, that is said to have interfered with a s. 7 interest. Rather, the judge should conduct a practical, pragmatic analysis to determine what the legislation prohibits or requires, its impact on the persons affected, and whether this amounts to an interference with protected rights (paras. 107-9).

[33] On the issue of deference to findings of fact of the application judge, the Court of Appeal held that findings on social and legislative facts are not entitled to appellate deference, while findings on the credibility of affiants and the objectivity of expert witnesses attract deference (paras. 128-31).

[34] Regarding the purpose of the laws, the court rejected the Attorney General of Ontario's submission that there was an overarching legislative objective to eradicate, or at least discourage, prostitution. Rather, the purpose of each of the laws must be independently ascertained with reference to its unique historical context (paras. 165-70).

[35] On the principles of fundamental justice, the Court of Appeal held that arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality each use a different filter to examine the connection between the law and the legislative objective. Arbitrariness is the absence of any link between the objective of the law and its negative impact on security of the person. Overbreadth addresses the situation where the law imposes limits on security of the person that go beyond what is required to achieve its objective. Gross disproportionality describes the case where the effects of the impugned law are so extreme that they cannot be justified by its object (paras. 143-49).

juridiction inférieure de remettre en question un arrêt qui la lie. Ce principe vaut lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue une limite raisonnable à l'exercice d'un droit au sens de l'article premier de la *Charte* (par. 75-76).

[32] S'agissant de la causalité requise pour emporter l'application de l'art. 7, la Cour d'appel explique que l'analyse traditionnelle ne convient pas lorsque ce sont les dispositions d'une loi, et non les actes d'un fonctionnaire, qui auraient porté atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Il faut plutôt recourir à une analyse factuelle et pragmatique pour déterminer ce que les dispositions interdisent ou prescrivent, quelles sont leurs répercussions sur les intéressés et s'il en résulte une atteinte à un droit garanti (par. 107-109).

[33] En ce qui concerne la déférence qui s'impose à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance, la Cour d'appel opine que les conclusions sur des faits sociaux ou législatifs ne commandent pas la déférence de la juridiction d'appel, tandis que celles sur la crédibilité des déposants et l'objectivité des témoins experts la commandent (par. 128-131).

[34] S'agissant de l'objet des dispositions, la Cour d'appel rejette la prétention du procureur général de l'Ontario suivant laquelle leur objectif primordial est de supprimer la prostitution ou, du moins, de la décourager. À son avis, il faut plutôt cerner l'objet de chacune des dispositions séparément, dans son propre contexte historique (par. 165-170).

[35] Quant aux principes de justice fondamentale, la Cour d'appel statue que le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné appellent des examens sous des angles différents du lien entre la disposition contestée et l'objectif législatif. Le caractère arbitraire s'entend de l'absence de rapport entre l'objectif de la loi et ses effets préjudiciables sur la sécurité de la personne. Une disposition a une portée trop grande lorsqu'elle limite le droit à la sécurité de la personne plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif. Une disposition est par ailleurs totalement disproportionnée lorsque ses répercussions sont si extrêmes qu'elles ne peuvent être justifiées par son objet (par. 143-149).

IV. Discussion

[36] The appellant Attorneys General appeal from the Court of Appeal's declaration that ss. 210 and 212(1)(j) of the *Code* are unconstitutional. The respondents cross-appeal on the issue of the constitutionality of s. 213(1)(c), and in respect of the Court of Appeal's remedy to resolve the unconstitutionality of s. 210.

[37] Before turning to the *Charter* arguments before us, I will first discuss two preliminary issues: (1) whether the 1990 decision in the *Prostitution Reference*, upholding the bawdy-house and communication prohibitions, is binding on trial judges and this Court; and (2) the degree of deference to be accorded to the application judge's findings on social and legislative facts.

A. *Preliminary Issues*

(1) Revisiting the *Prostitution Reference*

[38] Certainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies.

[39] The issue of when, if ever, such precedents may be departed from takes two forms. The first "vertical" question is when, if ever, a lower court may depart from a precedent established by a higher court. The second "horizontal" question is when a court such as the Supreme Court of Canada may depart from its own precedents.

[40] In this case, the precedent in question is the Supreme Court of Canada's 1990 advisory opinion in the *Prostitution Reference*, which upheld the constitutionality of the prohibitions on

IV. Analyse

[36] Les procureurs généraux appelants se pourvoient contre le jugement de la Cour d'appel qui déclare inconstitutionnels l'art. 210 et l'al. 212(1)(j) du *Code*. Les intimées se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1)(c) et à la mesure prise par la Cour d'appel pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

[37] Avant de passer aux moyens fondés sur la *Charte*, j'examine d'abord deux questions préliminaires. Premièrement, les juges de première instance et notre Cour sont-ils liés par le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la validité des dispositions interdisant les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution? Deuxièmement, quel degré de déférence commandent les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs?

A. *Questions préliminaires*

(1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution*

[38] La notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law.

[39] La question de savoir à quelles conditions il est possible de s'écarter d'un précédent, le cas échéant, se présente de deux manières. Elle se pose premièrement du point de vue « hiérarchique ». À quelles conditions une juridiction inférieure peut-elle, le cas échéant, s'écarter du précédent établi par une juridiction supérieure? Elle se pose deuxièmement du point de vue « collégial ». À quelles conditions une juridiction comme notre Cour peut-elle, le cas échéant, s'écarter de ses propres précédents?

[40] Dans la présente affaire, le précédent correspond à l'avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la constitutionnalité des interdictions faites par deux des

bawdy-houses and communicating — two of the three provisions challenged in this case. The questions in that case were whether the laws infringed s. 7 or s. 2(b) of the *Charter*, and, if so, whether the limit was justified under s. 1. The Court concluded that neither of the impugned laws were inconsistent with s. 7, and that although the communicating law infringed s. 2(b), it was a justifiable limit under s. 1 of the *Charter*. While reference opinions may not be legally binding, in practice they have been followed (G. Rubin, “The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law” (1960), 6 *McGill L.J.* 168, at p. 175).

[41] The application judge in this case held that she could revisit those conclusions because: the legal issues under s. 7 were different, in light of the evolution of the law in that area; the evidentiary record was richer and provided research not available in 1990; the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* no longer applied; and the type of expression at issue in that case (commercial expression) differed from the expression at issue in this case (expression promoting safety). The Court of Appeal disagreed with respect to the s. 2(b) issue, holding that a trial judge asked to depart from a precedent on the basis of new evidence, or new social, political or economic assumptions, may make findings of fact for consideration by the higher courts, but cannot apply them to arrive at a different conclusion from the previous precedent (para. 76).

[42] In my view, a trial judge can consider and decide arguments based on *Charter* provisions that were not raised in the earlier case; this constitutes a new legal issue. Similarly, the matter may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence

trois dispositions contestées en l’espèce de tenir une maison de débauche et communiquer à des fins de prostitution. Dans ce renvoi, la Cour devait décider si les dispositions portaient atteinte au droit ou à la liberté garantis à l’art. 7 ou à l’al. 2b) de la *Charte* et, dans l’affirmative, si cette limite était justifiée par application de l’article premier. Elle conclut que ni l’une ni l’autre des dispositions ne sont incompatibles avec l’art. 7 et que, même si l’interdiction de communiquer à des fins de prostitution porte atteinte à une liberté garantie à l’al. 2b), il s’agit d’une limite justifiable suivant l’article premier de la *Charte*. Bien que les avis consultatifs puissent ne pas être juridiquement contraignants, dans les faits, il sont suivis (G. Rubin, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168, p. 175).

[41] La juge de première instance dit pouvoir réexaminer les conclusions tirées dans le *Renvoi sur la prostitution* parce que les questions de droit soulevées relativement à l’art. 7 sont différentes étant donné l’évolution du droit dans le domaine, que le dossier de preuve est plus étoffé et fait état de résultats de recherches qui n’étaient pas disponibles en 1990, que les données sociales, politiques et économiques sous-jacentes ne sont plus valables et que l’expression alors en cause (commerciale) diffère de celle considérée dans la présente affaire (celle qui contribue à la sécurité). La Cour d’appel exprime son désaccord au sujet de l’al. 2b) et explique que le tribunal de première instance invité à rompre avec un précédent en raison de nouveaux éléments de preuve ou de nouvelles données sociales, politiques ou économiques peut tirer des conclusions de fait susceptibles d’être examinées ensuite par une juridiction supérieure, mais ne peut les appliquer pour arriver à une solution différente de celle retenue dans le précédent (par. 76).

[42] À mon avis, le juge du procès peut se pencher puis se prononcer sur une prétention d’ordre constitutionnel qui n’a pas été invoquée dans l’affaire antérieure; il s’agit alors d’une nouvelle question de droit. De même, le sujet peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d’une évolution importante du droit ou qu’une

that fundamentally shifts the parameters of the debate.

[43] The intervener, the David Asper Centre for Constitutional Rights, argues that the common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. It submits that lower courts should not be limited to acting as “mere scribe[s]”, creating a record and findings without conducting a legal analysis (I.F., at para. 25).

[44] I agree. As the David Asper Centre also noted, however, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. In my view, as discussed above, this threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[45] It follows that the application judge in this case was entitled to rule on whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7 of the *Charter*. In the *Prostitution Reference*, the majority decision was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Only Lamer J., writing for himself, touched on security of the person — and then, only in the context of economic interests. Contrary to the submission of the Attorney General of Canada, whether the s. 7 interest at issue is economic liberty or security of the person is *not* “a distinction without a difference” (A.F., at para. 94). The rights protected by s. 7 are “independent interests, each of which must be given independent significance by the Court” (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 52). Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness,

modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne.

[43] L’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights fait valoir que la règle du *stare decisis* propre à la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d’obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. À son avis, une juridiction inférieure ne doit pas s’en tenir au rôle de [TRADUCTION] « simple exécutant » qui constitue un dossier et tire des conclusions sans se livrer à l’analyse du droit (m.i., par. 25).

[44] Je partage cet avis. Mais comme le signale aussi l’intervenant, la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d’un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu’il s’agit de justifier le réexamen d’un précédent. Rappelons que, selon moi, le réexamen est justifié lorsqu’une nouvelle question de droit se pose ou qu’il y a modification importante de la situation ou de la preuve. Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu’une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu’elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[45] Il s’ensuit que, en l’espèce, la juge pouvait trancher la question de savoir si les dispositions en cause respectaient ou non le droit à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti à l’art. 7. Seul le juge Lamer, qui s’exprime en son nom personnel, aborde la question de la sécurité de la personne, et ce, dans le seul contexte des droits économiques. Contrairement à ce que prétend le procureur général du Canada, le fait que le droit en cause garanti par l’art. 7 soit celui à la liberté économique ou à la sécurité de la personne *n’est pas* [TRADUCTION] « une distinction sans importance » (m.a., par. 94). Les droits garantis à l’art. 7 sont des « intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 52). Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour a examiné les

overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years.

[46] These considerations do not apply to the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference*. Re-characterizing the type of expression alleged to be infringed did not convert this argument into a new legal issue, nor did the more current evidentiary record or the shift in attitudes and perspectives amount to a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifted the parameters of the debate.

[47] This brings me to the question of whether this Court should depart from its previous decision on the s. 2(b) aspect of this case. At heart, this is a balancing exercise, in which the Court must weigh correctness against certainty (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27). In this case, however, it is not necessary to determine whether this Court can depart from its s. 2(b) conclusion in the *Prostitution Reference*, since it is possible to resolve the case entirely on s. 7 grounds.

(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts

[48] The Court of Appeal held that the application judge's findings on social and legislative facts — that is, facts about society at large, established by complex social science evidence — were not entitled to deference. With respect, I cannot agree. As this Court stated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, appellate courts should not interfere with a trial judge's findings of fact, absent a palpable and overriding error.

principes de justice fondamentale sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de son acceptabilité. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des 20 dernières années.

[46] Ces considérations sont étrangères à la question — tranchée dans le *Renvoi sur la prostitution* — de savoir si la disposition qui interdit la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Qualifier différemment l'expression à laquelle il aurait été porté atteinte en l'espèce ne fait pas naître une nouvelle question de droit, et ni une preuve actualisée, ni l'évolution des mentalités et des points de vue n'équivalent à une modification de la situation ou de la preuve qui change radicalement la donne.

[47] Passons à la question de savoir si, en l'espèce, notre Cour doit rompre ou non avec une décision antérieure concernant l'application de l'al. 2b). Il nous faut essentiellement mettre en balance deux éléments : la justesse et la certitude (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). Dans le présent dossier, toutefois, il n'est pas nécessaire de déterminer si notre Cour peut rompre avec la conclusion qu'elle a tirée sur l'application de l'al. 2b) dans le *Renvoi sur la prostitution* puisqu'il est possible de trancher sur le fondement du seul art. 7.

(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs

[48] La Cour d'appel se dit d'avis que les conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs — qui intéressent la société en général et qui sont établis au moyen d'une preuve complexe relevant des sciences sociales — ne commandent pas la déférence. Je ne puis malheureusement souscrire à son opinion. Comme le dit notre Cour dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, une cour d'appel doit se garder de modifier les conclusions de fait tirées en première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[49] When social and legislative evidence is put before a judge of first instance, the judge's duty is to evaluate and weigh that evidence in order to arrive at the conclusions of fact necessary to decide the case. The trial judge is charged with the responsibility of establishing the record on which subsequent appeals are founded. Absent reviewable error in the trial judge's appreciation of the evidence, a court of appeal should not interfere with the trial judge's conclusions on social and legislative facts. 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. This applies to social and legislative facts as much as to findings of fact as to what happened in a particular case.

[50] There are two important practical reasons not to depart from the usual standard of review simply because social or legislative facts are at issue.

[51] First, to do so would require the appeal court to duplicate the sometimes time-consuming and tedious work of the first instance judge in reviewing all the material and reconciling differences between the experts, studies and research results. A new set of judges would need to take the hours if not weeks required to intimately appreciate and analyze the evidence. And counsel for the parties would be required to take the appellate judges through all the evidence once again so they could draw their own conclusions. All this would increase the costs and delay in the litigation process. In a review for error — which is what an appeal is — it makes more sense to have counsel point out alleged errors in the trial judge's conclusions on the evidence and confine the court of appeal to determining whether those errors vitiate the trial judge's conclusions.

[52] Second, social and legislative facts may be intertwined with adjudicative facts — that is, the facts of the case at hand — and with issues of credibility of experts. To posit a different standard of review for adjudicative facts and the credibility of

[49] Le juge saisi d'éléments de preuve portant sur des faits sociaux ou législatifs a l'obligation de les examiner et de les soupeser en vue de tirer les conclusions de fait nécessaires pour trancher le litige. Il lui incombe de constituer le dossier sur lequel reposeront les appels subséquents. Sauf erreur d'appréciation susceptible de contrôle, la juridiction d'appel doit se garder de modifier les conclusions de première instance sur des faits sociaux ou législatifs. 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 et dominante. La règle vaut pour les faits sociaux ou législatifs tout autant que pour les conclusions sur les faits qui sont à l'origine du litige.

[50] Deux raisons importantes d'ordre pratique militent contre la mise au rancart de la norme de contrôle habituelle seulement parce que des faits sociaux ou législatifs sont en cause.

[51] En premier lieu, la juridiction d'appel devrait alors reprendre le travail parfois long et fastidieux qui consiste à examiner tous les éléments et à concilier les divergences entre les experts, les études et les résultats de recherches. Une nouvelle formation de juges devrait passer des heures, voire des semaines, à prendre connaissance de la preuve et à l'analyser. Et les avocats des parties devraient examiner la preuve avec ces juges une fois de plus afin que ces derniers puissent tirer leurs propres conclusions. Il en résulterait une augmentation du coût et de la durée de la procédure judiciaire. Lorsqu'il s'agit de rechercher une erreur éventuelle — ce qui est le propre d'un appel —, il est plus sensé de demander aux avocats de signaler toute erreur qui entacherait les conclusions tirées de la preuve en première instance, de sorte que la juridiction d'appel n'ait qu'à décider si l'erreur vicie les conclusions.

[52] En second lieu, les faits sociaux ou législatifs peuvent s'entremêler avec les faits en litige — les faits de l'espèce — et avec les questions liées à la crédibilité des experts. Appliquer une norme de contrôle aux faits en litige ainsi qu'à la crédibilité

affiants and expert witnesses on the one hand, and social and legislative facts on the other (as proposed by the Court of Appeal), is to ask the impossible of courts of appeal. Untangling the different sources of those conclusions and applying different standards of review to them would immensely complicate the appellate task.

[53] As the Attorney General of Canada points out, this Court's decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, suggested that legislative fact findings are owed less deference. However, the use of social science evidence in *Charter* litigation has evolved significantly since *RJR-MacDonald* was decided. In the intervening years, this Court has expressed a preference for social science evidence to be presented through an expert witness (*R. v. Malmö-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras 26-28; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 68). The assessment of expert evidence relies heavily on the trial judge (*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at paras. 62-96). This is particularly so in the wake of the Ontario report by Justice Goudge, which emphasized the role of the trial judge in preventing miscarriages of justice flowing from flawed expert evidence (*Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations* (2008)). The distinction between adjudicative and legislative facts can no longer justify gradations of deference.

[54] This case illustrates the problem. The application judge arrived at her conclusions on the impact of the impugned laws on s. 7 security interests on the basis of the personal evidence of the applicants, the evidence of affiants and experts, and documentary evidence in the form of studies, reports of expert panels and Parliamentary records. The Court of Appeal conceded that it must accord deference to her findings of adjudicative facts and the credibility of affiants and experts, but said it owes no deference to findings on social and legislative facts. The task

des déposants et des témoins experts et en appliquer une autre aux faits sociaux ou législatifs (comme le propose la Cour d'appel) revient à demander l'impossible aux juridictions d'appel. Démêler les différentes sources de ces conclusions et les soumettre à des normes de contrôle différentes compliqueraient immensément la tâche de la juridiction d'appel.

[53] Le procureur général du Canada souligne que, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour affirme que les conclusions relatives aux faits législatifs commandent un degré de déférence moins élevé. Or, le recours à des éléments de preuve relevant des sciences sociales dans les affaires portant sur l'application de la *Charte* a beaucoup évolué depuis cet arrêt. Dans les années qui ont suivi, notre Cour a dit préférer que de tels éléments de preuve soient présentés par des témoins experts (*R. c. Malmö-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 26-28; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 68). L'appréciation du témoignage d'un expert relève au premier chef du juge du procès (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62-96), surtout depuis le rapport établi en Ontario par le juge Goudge qui met en évidence le rôle du juge du procès dans la prévention des erreurs judiciaires imputables aux témoignages d'experts déficients (*Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations* (2008)). La distinction entre les faits en litige et les faits législatifs ne peut plus justifier des degrés différents de déférence.

[54] La présente affaire constitue un bon exemple. La juge de première instance tire ses propres conclusions concernant l'effet des dispositions contestées sur le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 à partir du témoignage des demanderesse, des déposants et des experts, ainsi que de la preuve documentaire constituée d'études, de rapports de comités d'experts et de documents parlementaires. La Cour d'appel concède qu'elle doit déférer aux conclusions de la juge sur les faits en litige ainsi que sur la crédibilité des déposants

of applying different standards of review when the evidence is intertwined would be daunting.

[55] It is suggested that no deference is required on social and legislative facts because appellate courts are in as good a position to evaluate such evidence as trial judges. If this were so, adjudicative facts presented only in affidavit form would similarly be owed less deference. Yet this Court has been clear that, absent express statutory instruction, there is no middling standard of review for findings of fact (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401). Furthermore, this view does not meet the concerns of duplication of effort and the intertwining of such evidence with other kinds of evidence. Nor does it address the point that the appellate task is not to review evidence globally, but rather to review the conclusions the first instance judge has drawn from the evidence.

[56] For these reasons, I am of the view that a no-deference standard of appellate review for social and legislative facts should be rejected. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative, social, or legislative — remains palpable and overriding error.

B. *Section 7 Analysis*

[57] In the discussion that follows, I first consider whether the applicants have established that the impugned laws impose limits on security of the person, thus engaging s. 7. I then examine the argument of the appellant Attorneys General that the laws do not cause the alleged harms. I go on to consider whether any limits on security of the person are in accordance with the principles of fundamental justice.

et des experts, mais elle refuse de faire preuve de déférence à l'endroit de ses conclusions sur des faits sociaux ou législatifs. Appliquer des normes de contrôle différentes à des éléments de preuve entremêlés représenterait une tâche colossale.

[55] On laisse entendre qu'il n'y a pas lieu de déférer aux conclusions sur des faits sociaux ou législatifs, car une juridiction d'appel est aussi bien placée qu'un juge de première instance pour les apprécier. Si tel était le cas, un fait en litige établi uniquement au moyen d'un affidavit aurait donc droit à un degré de déférence moindre. Or, notre Cour précise qu'à défaut d'un libellé exprès en ce sens, aucune norme de contrôle intermédiaire ne s'applique aux conclusions de fait (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401). De plus, ce n'est pas de nature à apaiser la crainte d'un dédoublement de l'examen et d'un entremêlement de tels éléments de preuve avec d'autres. C'est méconnaître également la fonction d'une juridiction d'appel, qui ne consiste pas à examiner la preuve globalement, mais à s'en tenir aux conclusions que le juge de première instance a tirées à partir de la preuve.

[56] Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il ne convient pas d'appliquer aux faits sociaux ou législatifs une norme de contrôle non déférente. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait — qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

B. *Analyse fondée sur l'art. 7*

[57] Dans l'analyse qui suit, j'examine d'abord si les demandresses ont démontré que les dispositions en cause restreignent le droit à la sécurité de la personne et mettent ainsi en jeu l'art. 7. Je me penche ensuite sur la thèse des procureurs généraux appelants selon laquelle les dispositions n'ont pas l'effet attentatoire allégué. Je poursuis en me demandant si la limite apportée le cas échéant au droit à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale.

(1) Is Security of the Person Engaged?

[58] Section 7 provides that the state cannot deny a person's right to life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. At this stage, the question is whether the impugned laws negatively impact or limit the applicants' security of the person, thus bringing them within the ambit of, or engaging, s. 7 of the *Charter*.¹

[59] Here, the applicants argue that the prohibitions on bawdy-houses, living on the avails of prostitution, and communicating in public for the purposes of prostitution, heighten the risks they face in prostitution — itself a legal activity. The application judge found that the evidence supported this proposition and the Court of Appeal agreed.

[60] For reasons set out below, I am of the same view. The prohibitions at issue do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks.

¹ The focus is on security of the person, not liberty, for three reasons. First, the *Prostitution Reference* decided that the communicating and bawdy-house provisions engage liberty, and it is binding on this point. The security of the person argument is a novel issue and an important reason why the application judge was able to revisit the *Prostitution Reference*. Second, it is not clear that any of the applicants' personal liberty interests are engaged by the living on the avails provision; rather, they have pleaded that they fear that it could apply to their employees or their loved ones. Lastly, it seems to me that the real gravamen of the complaint is not that *breaking* the law engages the applicants' liberty, but rather that *compliance* with the laws infringes the applicants' security of the person.

(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu?

[58] L'article 7 dispose que l'État ne peut porter atteinte au droit de quiconque à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut dès lors se demander si les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des demanderesse ou limitent ce droit, de sorte qu'elles tombent sous le coup de l'art. 7 de la *Charte* ou mettent celui-ci en jeu¹.

[59] En l'espèce, les demanderesse soutiennent que l'interdiction des maisons de débauche, du proxénétisme et de la communication en public à des fins de prostitution augmente les risques auxquels elles s'exposent lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. La juge de première instance conclut que la preuve va dans ce sens, et la Cour d'appel lui donne raison.

[60] Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus.

¹ L'accent est mis sur la sécurité de la personne, non sur la liberté, pour trois raisons. Premièrement, le *Renvoi sur la prostitution* établit que les dispositions relatives à la communication et aux maisons de débauche mettent en jeu le droit à la liberté et il fait autorité sur ce point. Le moyen fondé sur le droit à la sécurité de la personne est nouveau et justifie amplement le réexamen du renvoi par la juge de première instance. Deuxièmement, on ne saurait dire avec certitude que le droit à la liberté des demanderesse est mis en jeu par la disposition relative au proxénétisme; les demanderesse disent en fait craindre l'application de la disposition à leurs employés ou à leurs proches. Enfin, il me semble que les demanderesse prétendent essentiellement dans les faits non pas que l'*inobservation* de la loi porte atteinte à leur droit à la liberté, mais plutôt que son *respect* porte atteinte à leur droit à la sécurité.

(a) *Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House*

[61] It is not an offence to sell sex for money. The bawdy-house provisions, however, make it an offence to do so in any “place” that is “kept or occupied” or “resorted to” for the purpose of prostitution (ss. 197 and 210(1) of the *Code*). The reach of these provisions is broad. “Place” includes any defined space, even if unenclosed and used only temporarily (s. 197(1) of the *Code*; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). And by definition, it applies even if resorted to by only one person (s. 197(1); *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.)).

[62] The practical effect of s. 210 is to confine lawful prostitution to two categories: street prostitution and out-calls (application decision, at para. 385). In-calls, where the john comes to the prostitute’s residence, are prohibited. Out-calls, where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client’s home, are allowed. Working on the street is also permitted, though the practice of street prostitution is significantly limited by the prohibition on communicating in public (s. 213(1)(c)).

[63] The application judge found, on a balance of probabilities, that the safest form of prostitution is working independently from a fixed location (para. 300). She concluded that indoor work is far less dangerous than street prostitution — a finding that the evidence amply supports. She also concluded that out-call work is not as safe as in-call work, particularly under the current regime where prostitutes are precluded by virtue of the living on the avails provision from hiring a driver or security guard. Since the bawdy-house provision makes the safety-enhancing method of in-call prostitution illegal, the application judge concluded that the bawdy-house prohibition materially increased the risk prostitutes face under the present regime. I agree.

a) *Articles 197 et 210 : Tenue d’une maison de débauche*

[61] Offrir ses services sexuels contre de l’argent ne constitue pas une infraction. Toutefois, la disposition relative aux maisons de débauche dispose qu’est coupable d’un acte criminel quiconque tient une maison de débauche dans un « local » qui est « tenu ou occupé » ou « employé » à des fins de prostitution (art. 197 et par. 210(1) du *Code*). Sa portée est grande. On entend par « local » ou « endroit » tout lieu défini, même s’il n’est pas enclos et n’est employé que temporairement (par. 197(1) du *Code*; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). De plus, il y a « local » ou « endroit » au sens de cette définition même lorsque le lieu est utilisé par une seule personne (par. 197(1); *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (C.A. Ont.)).

[62] Dans les faits, l’art. 210 limite à deux les modalités d’exercice d’une activité légale : la prostitution dans la rue et la prostitution « itinérante » (décision de première instance, par. 385). La prostitution pratiquée chez soi, où la prostituée reçoit ses clients chez elle, est interdite. La prostitution itinérante, où la prostituée rejoint le client dans un lieu convenu, telle la résidence de ce dernier, est permise. Il en est de même de la prostitution dans la rue, bien que celle-ci soit considérablement limitée par l’interdiction de communiquer en public (al. 213(1)(c)).

[63] La juge de première instance conclut, selon la prépondérance des probabilités, que la forme de prostitution la plus sûre est celle qui se pratique de façon autonome dans un même lieu (par. 300). Elle ajoute que travailler à l’intérieur est beaucoup moins dangereux que travailler dans la rue, une conclusion amplement étayée par la preuve. Toujours selon elle, il est moins sûr d’offrir ses services chez autrui de manière itinérante, surtout sous le régime actuel, l’interdiction du proxénétisme empêchant l’embauche d’un chauffeur ou d’un garde de sécurité. Étant donné que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale la pratique plus sûre qu’est la prostitution chez soi, la juge opine que l’interdiction augmente sensiblement le risque auquel s’exposent actuellement les prostituées. Je suis de cet avis.

[64] First, the prohibition prevents prostitutes from working in a fixed indoor location, which would be safer than working on the streets or meeting clients at different locations, especially given the current prohibition on hiring drivers or security guards. This, in turn, prevents prostitutes from having a regular clientele and from setting up indoor safeguards like receptionists, assistants, bodyguards and audio room monitoring, which would reduce risks (application decision, at para. 421). Second, it interferes with provision of health checks and preventive health measures. Finally — a point developed in argument before us — the bawdy-house prohibition prevents resort to safe houses, to which prostitutes working on the street can take clients. In Vancouver, for example, “Grandma’s House” was established to support street workers in the Downtown Eastside, at about the same time as fears were growing that a serial killer was prowling the streets — fears which materialized in the notorious Robert Pickton. Street prostitutes — who the application judge found are largely the most vulnerable class of prostitutes, and who face an alarming amount of violence (para. 361) — were able to bring clients to Grandma’s House. However, charges were laid under s. 210, and although the charges were eventually stayed — four years after they were laid — Grandma’s House was shut down (supplementary affidavit of Dr. John Lowman, May 6, 2009, J.A.R., vol. 20, at p. 5744). For some prostitutes, particularly those who are destitute, safe houses such as Grandma’s House may be critical. For these people, the ability to work in brothels or hire security, even if those activities were lawful, may be illusory.

[65] I conclude, therefore, that the bawdy-house provision negatively impacts the security of

[64] Premièrement, l’interdiction empêche les prostituées de travailler dans un lieu fixe, situé à l’intérieur, ce qui est plus sûr que de travailler dans la rue ou d’aller à la rencontre des différents clients, d’autant plus que l’interdiction actuelle empêche l’embauche d’un chauffeur ou d’un garde de sécurité. L’interdiction les empêche également de se constituer une clientèle et de prendre des précautions chez elles en embauchant par exemple un réceptionniste, un assistant ou un garde du corps et en installant des dispositifs de surveillance audio, de manière à réduire le risque couru (décision de première instance, par. 421). Deuxièmement, elle empêche les prostituées de faire certaines vérifications sur l’état de santé des clients et de prendre des mesures sanitaires préventives. Enfin, lors de la plaidoirie devant notre Cour, on a fait valoir que l’interdiction de tenir une maison de débauche empêche l’existence d’endroits sûrs où les prostituées peuvent emmener les clients recrutés dans la rue. À Vancouver, par exemple, la « Grandma’s House » a été créée pour venir en aide aux prostituées du Downtown Eastside à peu près à la même époque où les craintes allaient croissant quant à la possibilité qu’un tueur en série sévisse dans le quartier (des craintes que les actes imputés au tristement célèbre Robert Pickton ont justifiées). Les prostituées de la rue — qui, selon la juge de première instance, sont de loin les plus vulnérables et font l’objet d’un nombre alarmant d’actes de violence (par. 361) — pouvaient se rendre à la Grandma’s House en compagnie de leurs clients. Toutefois, le refuge a fait l’objet d’accusations fondées sur l’art. 210, et même s’il y a eu arrêt des procédures quatre ans après, la Grandma’s House a finalement fermé ses portes (affidavit complémentaire du D^r John Lowman en date du 6 mai 2009, d.c.d., vol. 20, p. 5744). L’existence d’un établissement sûr comme Grandma’s House peut être indispensable à certaines prostituées, en particulier celles qui sont démunies. Pour elles, la possibilité de travailler dans un bordel ou d’embaucher un garde de sécurité peut se révéler illusoire même s’il s’agit d’activités légales.

[65] Je conclus donc que la disposition sur les maisons de débauche a un effet préjudiciable sur

the person of prostitutes and engages s. 7 of the *Charter*.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

[66] Section 212(1)(j) criminalizes living on the avails of prostitution of another person, wholly or in part. While targeting parasitic relationships (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10), it has a broad reach. As interpreted by the courts, it makes it a crime for anyone to supply a service to a prostitute, because she is a prostitute (*R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). In effect, it prevents a prostitute from hiring bodyguards, drivers and receptionists. The application judge found that by denying prostitutes access to these security-enhancing safeguards, the law prevented them from taking steps to reduce the risks they face and negatively impacted their security of the person (para. 361). As such, she found that the law engages s. 7 of the *Charter*.

[67] The evidence amply supports the judge's conclusion. Hiring drivers, receptionists, and bodyguards, could increase prostitutes' safety (application decision, at para. 421), but the law prevents them from doing so. Accordingly, I conclude that s. 212(1)(j) negatively impacts security of the person and engages s. 7.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in a Public Place*

[68] Section 213(1)(c) prohibits communicating or attempting to communicate for the purpose of engaging in prostitution or obtaining the sexual services of a prostitute, in a public place or a place open to public view. The provision extends to conduct short of verbal communication by prohibiting stopping or attempting to stop any person for those purposes (*R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (B.C.C.A.)).

le droit à la sécurité des prostituées et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

b) *Alinéa 212(1j) : Proxénétisme*

[66] L'alinéa 212(1)(j) criminalise le proxénétisme, c'est-à-dire le fait de vivre entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne. Bien qu'il vise le parasitisme (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10), sa portée est grande. Suivant son interprétation par les tribunaux, commet un acte criminel quiconque fournit un service à une prostituée parce qu'elle est une prostituée (*R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). Dans les faits, il empêche la prostituée d'engager un garde du corps, un chauffeur ou un réceptionniste. La juge de première instance conclut qu'en niant aux prostituées le droit de prendre de telles mesures susceptibles d'accroître leur sécurité, la disposition fait obstacle à la réduction des risques auxquels elles s'exposent et a un effet préjudiciable sur la sécurité de leur personne (par. 361). Elle statue donc que la disposition met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[67] La preuve appuie amplement sa conclusion. L'embauche d'un chauffeur, d'un réceptionniste ou d'un garde du corps pourrait accroître la sécurité des prostituées (décision de première instance, par. 421), mais la loi y fait obstacle. Je conclus donc que l'al. 212(1)(j) a un effet préjudiciable sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

c) *Alinéa 213(1)c) : Communication en public*

[68] L'alinéa 213(1)(c) interdit de communiquer ou de tenter de communiquer avec une personne en vue de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les services sexuels d'une prostituée dans un endroit public ou situé à la vue du public. La disposition vise non seulement la communication verbale, mais aussi le fait d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne à ces fins (*R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (C.A.C.-B.)).

[69] The application judge found that face-to-face communication is an “essential tool” in enhancing street prostitutes’ safety (para. 432). Such communication, which the law prohibits, allows prostitutes to screen prospective clients for intoxication or propensity to violence, which can reduce the risks they face (paras. 301 and 421). This conclusion, based on the evidence before her, sufficed to engage security of the person under s. 7.

[70] The application judge also found that the communicating law has had the effect of displacing prostitutes from familiar areas, where they may be supported by friends and regular customers, to more isolated areas, thereby making them more vulnerable (paras. 331 and 502).

[71] On the evidence accepted by the application judge, the law prohibits communication that would allow street prostitutes to increase their safety. By prohibiting communicating in public for the purpose of prostitution, the law prevents prostitutes from screening clients and setting terms for the use of condoms or safe houses. In these ways, it significantly increases the risks they face.

[72] I conclude that the evidence supports the application judge’s conclusion that s. 213(1)(c) impacts security of the person and engages s. 7.

(2) A Closer Look at Causation

[73] For the reasons discussed above, the application judge concluded — and I agree — that the impugned laws negatively impact and thus engage security of the person rights of prostitutes. However, the appellant Attorneys General contend that s. 7 is not engaged because there is an insufficient causal connection between the laws and the risks faced by prostitutes. First, they argue that the courts below erroneously measured causation by an attenuated standard. Second, they argue that it is the choice of the applicants to engage in prostitution, rather than

[69] La juge de première instance conclut que la communication entre les intéressés est [TRADUCTION] « essentielle » à l’accroissement de la sécurité des prostituées de la rue (par. 432). Cette communication, que la loi interdit, permet aux prostituées de jauger leurs clients éventuels afin d’écartier ceux qui sont intoxiqués et qui pourraient être enclins à la violence, ce qui serait de nature à réduire les risques auxquels elles s’exposent (par. 301 et 421). Cette conclusion fondée sur la preuve offerte suffit à mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7.

[70] La juge estime en outre que l’interdiction de la communication a eu pour effet de faire migrer les prostituées vers des lieux isolés et peu familiers où elles ne peuvent compter sur l’appui de leurs amis et de leurs clients habituels, ce qui les a rendues plus vulnérables (par. 331 et 502).

[71] Suivant les éléments admis en preuve au procès, la loi interdit une communication qui permettrait aux prostituées de la rue d’accroître leur sécurité. En interdisant la communication en public à des fins de prostitution, la loi empêche les prostituées d’évaluer leurs clients éventuels, ainsi que de convenir de l’utilisation du condom ou d’un lieu sûr. Elle accroît ainsi sensiblement le risque couru.

[72] Je conclus que la preuve appuie la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l’al. 213(1)c) a une incidence sur la sécurité de la personne et met en jeu l’art. 7.

(2) Examen approfondi du lien de causalité

[73] Pour les motifs examinés précédemment, la juge de première instance conclut — et je conviens avec elle — que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu ce droit. Les procureurs généraux appelants soutiennent toutefois que l’art. 7 ne s’applique pas faute d’un lien de causalité suffisant entre les dispositions et les risques auxquels s’exposent les prostituées. D’abord, ils avancent que les juridictions inférieures ont eu tort de soumettre le lien de causalité à une norme

the law, that is the causal source of the harms they face. These arguments cannot succeed.

(a) *The Nature of the Required Causal Connection*

[74] Three possible standards for causation are raised for our consideration: (1) “sufficient causal connection”, adopted by the application judge (paras. 287-88); (2) a general “impact” approach, adopted by the Court of Appeal (paras. 108-9); and (3) “active and foreseeable” and “direct” causal connection, urged by the appellant Attorneys General (A.G. of Canada factum, at paras. 64-68; A.G. of Ontario factum, at paras. 12-17).

[75] I conclude that the “sufficient causal connection” standard should prevail. This is a flexible standard, which allows the circumstances of each particular case to be taken into account. Adopted in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, and applied in a number of subsequent cases (see, e.g., *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3), it posits the need for “a sufficient causal connection between the state-caused [effect] and the prejudice suffered by the [claimant]” for s. 7 to be engaged (*Blencoe*, at para. 60 (emphasis added)).

[76] A sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant, and is satisfied by a reasonable inference, drawn on a balance of probabilities (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 21). A sufficient causal connection is sensitive to the context of the particular case and insists on a real, as opposed to a speculative, link. Understood in this way, a sufficient causal connection standard is consistent with the substance of the standard that the Court of Appeal applied in this case. While I

atténuée. Ils prétendent ensuite que le préjudice couru par les demandresses tient à leur choix de se livrer à la prostitution et non à la loi. On ne saurait faire droit à ces prétentions.

a) *Nature du lien de causalité requis*

[74] Nous sommes appelés à considérer trois normes de causalité possibles : (1) celle fondée sur un « lien de causalité suffisant » retenue par la juge de première instance (par. 287-288), (2) celle, générale, fondée sur l’« effet » adoptée par la Cour d’appel (par. 108-109) et (3) celle fondée sur un lien de causalité « actif, prévisible et direct » préconisée par les procureurs généraux appelants (mémoire du p.g. du Canada, par. 65; mémoire du p.g. de l’Ontario, par. 14-15).

[75] Je suis d’avis que la norme du « lien de causalité suffisant » est celle qui convient. Sa souplesse permet l’adaptation aux circonstances propres à chaque espèce. Adoptée dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, et appliquée dans plusieurs affaires subséquentes (voir, p. ex., *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3), elle postule l’existence d’« un lien de causalité suffisant entre [l’effet] imputable à l’État et le préjudice subi par [le demandeur] » pour que l’art. 7 entre en jeu (*Blencoe*, par. 60 (je souligne)).

[76] La norme du lien de causalité suffisant n’exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l’État soit l’unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur, et il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21). L’exigence d’un lien de causalité suffisant tient compte du contexte et s’attache à l’existence d’un lien réel, et non hypothétique. Considérée sous cet angle, la norme du lien de causalité suffisant correspond essentiellement à celle qu’applique la Cour d’appel en l’espèce. Bien que je ne convienne

do not agree with the Court of Appeal that causation is not the appropriate lens for examining whether legislation — as opposed to the conduct of state actors — engages s. 7 security interests, its “practical and pragmatic” inquiry (para. 108) tracks the process followed in cases such as *Blencoe* and *Khadr*.

[77] The Attorney General of Canada argues for a higher standard. The prejudice to the claimant’s security interest, he argues, must be active, foreseeable, and a “necessary link” (factum, at paras. 62 and 65). He relies on this Court’s statement in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (cited by way of contrast in *Blencoe*, at para. 69), that “[i]n the absence of government involvement, Mrs. Rodriguez would not have suffered a deprivation of her s. 7 rights.” He also relies on the Court’s statement in *Suresh*, at para. 54, that “[a]t least where Canada’s participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice”. These statements establish that a causal connection is made out when the state action is a foreseeable and necessary cause of the prejudice. They do not, however, establish that this is the only way a causal connection engaging s. 7 of the *Charter* can be demonstrated.

[78] Finally, from a practical perspective, a sufficient causal connection represents a fair and workable threshold for engaging s. 7 of the *Charter*. This is the port of entry for s. 7 claims. The claimant bears the burden of establishing this connection. Even if established, it does not end the inquiry, since the claimant must go on to show that the deprivation of her security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. Although mere speculation will not suffice to establish causation, to set the bar too high risks barring meritorious claims. What is required is a sufficient connection, having regard to the context of the case.

pas avec elle que l’exigence d’un lien de causalité ne permet pas de déterminer si la loi — par opposition aux actes de représentants de l’État — met en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7, la démarche [TRADUCTION] « pratique et pragmatique » (par. 108) qui la sous-tend s’inspire de celle suivie, par exemple, dans *Blencoe* et *Khadr*.

[77] Le procureur général du Canada préconise une norme plus stricte. Il fait valoir que l’atteinte au droit à la sécurité des demanderesse doit être active et prévisible et qu’un [TRADUCTION] « lien nécessaire » est requis (mémoire, par. 62 et 65). Il cite à l’appui les motifs de notre Cour dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (cités à des fins de comparaison dans l’arrêt *Blencoe*, par. 69), suivant lesquels : « N’eût été le rôle de l’État, il n’y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M^{me} Rodriguez par l’art. 7. » Il invoque par ailleurs l’arrêt *Suresh*, par. 54 : « À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l’atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale . . . » Ces énoncés établissent qu’il y a lien de causalité lorsque l’acte de l’État est prévisible et qu’il est la cause nécessaire du préjudice, mais pas qu’il s’agit du seul moyen de démontrer l’existence d’un lien de causalité qui met en jeu l’art. 7 de la *Charte*.

[78] Enfin, sur le plan pratique, l’existence d’un lien de causalité suffisant constitue un critère juste et fonctionnel pour déterminer si l’art. 7 de la *Charte* est en jeu. Elle ouvre la voie à l’application du droit garanti à l’art. 7, et il incombe au demandeur de la démontrer. Une fois ce lien établi, l’analyse ne prend pas fin pour autant, car le demandeur doit prouver l’atteinte à la sécurité de sa personne et la non-conformité de cette atteinte aux principes de justice fondamentale. De simples hypothèses ne sauraient établir le lien de causalité, mais placer la barre trop haut risque de faire obstacle à des demandes fondées. Le lien doit être suffisant eu égard au contexte considéré.

(b) *Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties?*

[79] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that prostitutes choose to engage in an inherently risky activity. They can avoid both the risk inherent in prostitution and any increased risk that the laws impose simply by choosing not to engage in this activity. They say that choice — and not the law — is the real cause of their injury.

[80] The Attorneys General contend that Parliament is entitled to regulate prostitution as it sees fit. Anyone who chooses to sell sex for money must accept these conditions. If the conditions imposed by the law prejudice their security, it is their choice to engage in the activity, not the law, that is the cause.

[81] What the applicants seek, the Attorneys General assert, is a constitutional right to engage in risky commercial activities. Thus the Attorney General of Ontario describes the s. 7 claim in this case as a “veiled assertion of a positive right to vocational safety” (factum, at para. 25).

[82] The Attorneys General rely on this Court’s decision in *Malmo-Levine*, which upheld the constitutionality of the prohibition of possession of marijuana on the basis that the recreational use of marijuana was a “lifestyle choice” and that lifestyle choices were not constitutionally protected (para. 185).

[83] The Attorneys General buttress this argument by asserting that if this Court accepts that these laws can be viewed as causing prejudice to the applicants’ security, then many other laws that leave open the choice to engage in risky activities by only partially or indirectly regulating those activities will be rendered unconstitutional.

b) *Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers?*

[79] Le procureur général du Canada et celui de l’Ontario soutiennent que les prostituées font le choix de se livrer à une activité intrinsèquement risquée. Elles peuvent se soustraire à la fois aux risques inhérents à la prostitution et à tout risque supplémentaire causé par la loi en choisissant simplement de ne pas se livrer à cette activité. Selon eux, c’est le choix de la prostitution — et non la loi — qui est la cause véritable du préjudice.

[80] Les procureurs généraux prétendent que le législateur peut réglementer la prostitution selon ce qu’il juge opportun. La personne qui décide d’offrir ses services sexuels contre de l’argent doit accepter les règles établies, et lorsque celles-ci portent atteinte à sa sécurité, elle doit s’en prendre à son choix de se livrer à cette activité, non à la loi.

[81] Ils ajoutent que les demandereses revendiquent le droit constitutionnel de se livrer à une activité commerciale risquée. Le procureur général de l’Ontario voit d’ailleurs dans l’allégation fondée sur l’art. 7 la [TRADUCTION] « revendication à mots couverts du droit à la sécurité professionnelle » (mémoire, par. 25).

[82] Les procureurs généraux invoquent l’arrêt *Malmo-Levine* dans lequel notre Cour confirme la constitutionnalité de l’interdiction de posséder de la marijuana au motif que sa consommation à des fins récréatives constitue un « choix de mode de vie », un choix que ne protège pas la Constitution (par. 185).

[83] Pour étayer leur thèse, les procureurs généraux font valoir que si notre Cour reconnaît que les dispositions en cause peuvent porter atteinte à la sécurité des demandereses, de nombreuses autres dispositions qui permettent de se livrer ou non à une activité risquée en réglementant celle-ci partiellement ou indirectement deviendront du coup inconstitutionnelles.

[84] Finally, in a variant on the argument that the impugned laws are not the cause of the applicants' alleged loss of security, the Attorneys General argue that the source of the harm is third parties — the johns who use and abuse prostitutes and the pimps who exploit them.

[85] For the following reasons, I cannot accept the argument that it is not the law, but rather prostitutes' choice and third parties, that cause the risks complained of in this case.

[86] First, while some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Ms. Bedford herself stated that she initially prostituted herself “to make enough money to at least feed myself” (cross-examination of Ms. Bedford, J.A.R., vol. 2, at p. 92). As the application judge found, street prostitutes, with some exceptions, are a particularly marginalized population (paras. 458 and 472). Whether because of financial desperation, drug addictions, mental illness, or compulsion from pimps, they often have little choice but to sell their bodies for money. Realistically, while they may retain some minimal power of choice — what the Attorney General of Canada called “constrained choice” (transcript, at p. 22) — these are not people who can be said to be truly “choosing” a risky line of business (see *PHS*, at paras. 97-101).

[87] Second, even accepting that there are those who freely choose to engage in prostitution, it must be remembered that prostitution — the exchange of sex for money — is not illegal. The causal question is whether the impugned laws make this lawful activity more dangerous. An analogy could be drawn to a law preventing a cyclist from wearing a helmet. That the cyclist chooses to ride her bike does not diminish the causal role of the law in

[84] Enfin, ils recourent à une variante de la prétention suivant laquelle les dispositions contestées ne sont pas la cause de l'atteinte alléguée à la sécurité des demandresses, à savoir que le préjudice est imputable à des tiers, en l'occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent.

[85] Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir que ce n'est pas la loi, mais plutôt le choix de se prostituer et les actes de tiers qui sont à l'origine des risques dénoncés en l'espèce.

[86] Premièrement, bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution — ou qui fait ce choix à un moment de sa vie —, de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. M^{me} Bedford déclare s'être d'abord prostituée [TRADUCTION] « afin de faire assez d'argent pour au moins [s]e nourrir » (contre-interrogatoire de M^{me} Bedford, d.c.d., vol. 2, p. 92). Comme le dit la juge de première instance, les prostituées de la rue forment, à quelques exceptions près, une population particulièrement marginalisée (par. 458 et 472). Que ce soit à cause du désespoir financier, de la toxicomanie, de la maladie mentale ou de la contrainte exercée par un proxénète, elles n'ont souvent guère d'autre choix que de vendre leur corps contre de l'argent. Dans les faits, même si elles peuvent conserver un certain pouvoir minimal de choisir — [TRADUCTION] « un choix limité » selon le procureur général (transcription, p. 22) —, on ne peut dire qu'elles « choisissent » véritablement une activité commerciale risquée (voir *PHS*, par. 97-101).

[87] Deuxièmement, à supposer même que des personnes choisissent librement de se livrer à la prostitution, il faut se rappeler que cette activité — l'échange de services sexuels contre de l'argent — n'est pas illégale. La question qui se pose sur le plan de la causalité est celle de savoir si les dispositions contestées accroissent le risque couru par la personne qui se prostitue. On peut faire une analogie avec la disposition qui interdirait aux cyclistes le

making that activity riskier. The challenged laws relating to prostitution are no different.

[88] Nor is it accurate to say that the claim in this case is a veiled assertion of a positive right to vocational safety. The applicants are not asking the government to put into place measures making prostitution safe. Rather, they are asking this Court to strike down legislative provisions that aggravate the risk of disease, violence and death.

[89] It makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The impugned laws deprive people engaged in a risky, but legal, activity of the means to protect themselves against those risks. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

[90] The government's call for deference in addressing the problems associated with prostitution has no role at this stage of the analysis. Calls for deference cannot insulate legislation that creates serious harmful effects from the charge that they negatively impact security of the person under s. 7 of the *Charter*. The question of deference arises under the principles of fundamental justice, not at the early stage of considering whether a person's life, liberty, or security of the person is infringed.

[91] Finally, recognizing that laws with serious harmful effects may engage security of the person does not mean that a host of other criminal laws will be invalidated. Trivial impingements on security of the person do not engage s. 7 (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 59). As already discussed, the applicant must show that the impugned law is sufficiently connected to the prejudice suffered before s. 7 is engaged. And even if s. 7 is found to be engaged, the applicant must

port du casque. Malgré le choix des cyclistes d'utiliser leurs bicyclettes, il demeurerait que c'est la disposition qui rendrait l'activité plus risquée. Il en va de même des dispositions contestées sur la prostitution.

[88] Il n'est pas non plus exact d'affirmer que la demande formulée en l'espèce revient à revendiquer à mots couverts le droit à la sécurité professionnelle. L'objectif des demanderessees n'est pas que l'État adopte des mesures qui fassent de la prostitution une activité sûre, mais plutôt que notre Cour invalide des dispositions qui accroissent le risque de maladie, de violence et de décès.

[89] Le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées n'y change rien. Les dispositions contestées privent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, des moyens nécessaires à leur protection contre le risque couru. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

[90] Le respect auquel nous exhorte l'État quant aux décisions qu'il prend pour contrer les problèmes liés à la prostitution n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Il ne saurait faire obstacle à l'allégation qu'une mesure législative a de graves effets préjudiciables et porte atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Cette considération vaut lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a conformité aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer au préalable s'il y a atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'intéressé.

[91] Enfin, reconnaître qu'une disposition grave-ment préjudiciable peut mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne n'emportera pas l'invalidation d'une foule d'autres dispositions criminelles. L'atteinte anodine à ce droit ne met pas en jeu l'art. 7 (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 59). Rappelons que le demandeur doit démontrer l'existence d'un lien suffisant entre la disposition contestée et le préjudice subi pour que s'applique l'art. 7. Et même si l'on conclut que

then show that the deprivation of security is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[92] For all these reasons, I reject the arguments of the Attorneys General that the cause of the harm is not the impugned laws, but rather the actions of third parties and the prostitutes' choice to engage in prostitution. As I concluded above, the laws engage s. 7 of the *Charter*. That conclusion remains undisturbed.

(3) Principles of Fundamental Justice

(a) *The Applicable Norms*

[93] I have concluded that the impugned laws deprive prostitutes of security of the person, engaging s. 7. The remaining step in the s. 7 analysis is to determine whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. If so, s. 7 is not breached.

[94] The principles of fundamental justice set out the minimum requirements that a law that negatively impacts on a person's life, liberty, or security of the person must meet. As Lamer J. put it, "[t]he term 'principles of fundamental justice' is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right" (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 ("*Motor Vehicle Reference*"), at p. 512).

[95] The principles of fundamental justice have significantly evolved since the birth of the *Charter*. Initially, the principles of fundamental justice were thought to refer narrowly to principles of natural justice that define procedural fairness. In the *Motor Vehicle Reference*, this Court held otherwise:

... it would be wrong to interpret the term "fundamental justice" as being synonymous with natural justice ... To do so would strip the protected interests of much, if not most, of their content and leave the "right" to life, liberty and security of the person in a sorely emaciated

l'art. 7 s'applique, le demandeur doit démontrer que l'atteinte à sa sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[92] Pour tous ces motifs, je rejette la prétention des procureurs généraux selon laquelle le préjudice allégué n'est pas attribuable aux dispositions contestées, mais bien aux actes de tiers et au choix de se prostituer. J'estime toujours que les dispositions en cause font intervenir l'art. 7 de la *Charte*.

(3) Principes de justice fondamentale

a) *Normes applicables*

[93] J'arrive à la conclusion que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la sécurité de la personne des prostituées et qu'elles mettent ainsi en jeu l'art. 7. Reste donc à savoir si, au regard de l'art. 7, cette atteinte est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, il n'y a pas d'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

[94] Les principes de justice fondamentale définissent les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la loi qui a un effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Selon le juge Lamer, « [l]'expression "principes de justice fondamentale" constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit » (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi sur la MVA* »), p. 512).

[95] Les « principes de justice fondamentale » ont beaucoup évolué depuis l'adoption de la *Charte*. Au départ, on les réduisait aux principes de justice naturelle qui définissent l'équité procédurale. Dans le *Renvoi sur la MVA*, notre Cour en a jugé autrement :

... il serait erroné d'interpréter l'expression « justice fondamentale » comme synonyme de justice naturelle [...] Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le « droit » à la vie, à la liberté et à la sécurité de la

state. Such a result would be inconsistent with the broad, affirmative language in which those rights are expressed and equally inconsistent with the approach adopted by this Court toward the interpretation of *Charter* rights in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *per* Estey J., and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. [pp. 501-2]

[96] The *Motor Vehicle Reference* recognized that the principles of fundamental justice are about the basic values underpinning our constitutional order. The s. 7 analysis is concerned with capturing inherently bad laws: that is, laws that take away life, liberty, or security of the person in a way that runs afoul of our basic values. The principles of fundamental justice are an attempt to capture those values. Over the years, the jurisprudence has given shape to the content of these basic values. In this case, we are concerned with the basic values against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality.

[97] The concepts of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality evolved organically as courts were faced with novel *Charter* claims.

[98] Arbitrariness was used to describe the situation where there is no connection between the effect and the object of the law. In *Morgentaler*, the accused challenged provisions of the *Criminal Code* that required abortions to be approved by a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital. The purpose of the law was to protect women's health. The majority found that the requirement that all therapeutic abortions take place in accredited hospitals did not contribute to the objective of protecting women's health and, in fact, caused delays that were detrimental to women's health. Thus, the law violated basic values because the effect of the law actually contravened the objective of the law. Beetz J. called this "manifest unfairness" (*Morgentaler*, at p. 120), but later cases interpreted this as an "arbitrariness" analysis (see *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at para. 133, *per* McLachlin C.J. and Major J.).

personne dans un état d'atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté, en ce qui concerne l'interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. [p. 501-502]

[96] Dans le *Renvoi sur la MVA*, la Cour reconnaît que les principes de justice fondamentale s'entendent des valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. L'analyse fondée sur l'art. 7 s'attache à débusquer les dispositions législatives intrinsèquement mauvaises, celles qui privent du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne au mépris des valeurs fondamentales que sont censés intégrer les principes de justice fondamentale et dont la jurisprudence a défini la teneur au fil des ans. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale.

[97] Les notions d'arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale ont connu une évolution endogène au fur et à mesure que les tribunaux ont été saisis d'allégations nouvelles fondées sur la *Charte*.

[98] On a qualifié d'« arbitraire » la disposition dont l'effet n'avait aucun lien avec son objet. Dans l'affaire *Morgentaler*, l'accusé contestait les dispositions du *Code criminel* qui exigeaient qu'un avortement soit approuvé par le comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital agréé. L'objet des dispositions était de protéger la santé des femmes. Or, selon les juges majoritaires de la Cour, l'exigence que tout avortement thérapeutique soit pratiqué dans un hôpital agréé ne contribuait pas à la réalisation de cet objectif et causait en fait des délais nuisibles à la santé des femmes. Par conséquent, les dispositions portaient atteinte aux valeurs fondamentales en ce que leur effet allait en fait à l'encontre de leur objectif. Le juge Beetz a alors parlé d'« iniquité manifeste » (*Morgentaler*, p. 120), et la Cour y a vu ensuite un « caractère arbitraire » (voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 133, la juge en chef McLachlin et le juge Major).

[99] In *Chaoulli*, the applicant challenged a Quebec law that prohibited private health insurance for services that were available in the public sector. The purpose of the provision was to protect the public health care system and prevent the diversion of resources from the public system. The majority found, on the basis of international evidence, that private health insurance and a public health system could co-exist. Three of the four-judge majority found that the prohibition was “arbitrary” because there was no real connection on the facts between the effect and the objective of the law.

[100] Most recently, in *PHS*, this Court found that the Minister’s decision not to extend a safe injection site’s exemption from drug possession laws was arbitrary. The purpose of drug possession laws was the protection of health and public safety, and the services provided by the safe injection site actually contributed to these objectives. Thus, the effect of not extending the exemption — that is, prohibiting the safe injection site from operating — was contrary to the objectives of the drug possession laws.

[101] Another way in which laws may violate our basic values is through what the cases have called “overbreadth”: the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective. In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, the accused challenged a vagrancy law that prohibited offenders convicted of listed offences from “loitering” in public parks. The majority of the Court found that the law, which aimed to protect children from sexual predators, was overbroad; insofar as the law applied to offenders who did not constitute a danger to children, and insofar as it applied to parks where children were unlikely to be present, it was unrelated to its objective.

[102] In *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, the challenged provisions of the

[99] Dans *Chaoulli*, le demandeur contestait des dispositions québécoises qui interdisaient de souscrire une assurance maladie privée pour l’obtention de services offerts dans le réseau public. Les dispositions en cause avaient pour objet la protection du système de santé public et le maintien de ses ressources. Sur la foi de la preuve concernant la situation dans d’autres pays, les juges majoritaires concluent qu’une assurance maladie privée et un système de santé public peuvent coexister. Trois d’entre eux jugent l’interdiction « arbitraire » vu l’absence, selon les faits mis en preuve, d’un lien réel entre l’effet de la loi et son objectif.

[100] Plus récemment, dans *PHS*, notre Cour a jugé arbitraire le refus du ministre de prolonger l’exemption dont bénéficiait un centre d’injection supervisée relativement à l’application des dispositions sur la possession de drogue. Ces dispositions avaient pour objet la protection de la santé et de la sécurité publiques, et les services fournis par le centre d’injection supervisée contribuaient en fait à l’atteinte de cet objectif. L’effet du refus de prolonger l’exemption — à savoir empêcher le fonctionnement du centre d’injection supervisée — allait à l’encontre des objectifs des dispositions relatives à la possession de drogue.

[101] Une disposition peut aussi violer nos valeurs fondamentales du fait de ce que les tribunaux appellent la « portée excessive », c’est-à-dire lorsqu’elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, l’accusé contestait une disposition sur le vagabondage qui interdisait aux délinquants reconnus coupables de l’une des infractions énumérées de « flâner » dans les parcs publics. Les juges majoritaires de la Cour concluent que la portée de la disposition, dont l’objet était de protéger les enfants contre les prédateurs sexuels, est trop grande; la disposition n’a pas de lien avec son objectif dans la mesure où elle s’applique à des délinquants qui ne présentent pas un danger pour les enfants et à des parcs qui ne sont pas susceptibles d’être fréquentés par des enfants.

[102] Dans *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, les dispositions contestées du *Code*

Criminal Code prevented an accused who was found unfit to stand trial from receiving an absolute discharge, and subjected the accused to indefinite appearances before a review board. The purpose of the provisions was “to allow for the ongoing treatment or assessment of the accused in order for him or her to become fit for an eventual trial” (para. 41). The Court found that insofar as the law applied to permanently unfit accused, who would never become fit to stand trial, the objective did “not apply” and therefore the law was overbroad (paras. 42-43).

[103] Laws are also in violation of our basic values when the effect of the law is grossly disproportionate to the state’s objective. In *Malmo-Levine*, the accused challenged the prohibition on the possession of marijuana on the basis that its effects were grossly disproportionate to its objective. Although the Court agreed that a law with grossly disproportionate effects would violate our basic norms, the Court found that this was not such a case: “. . . the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action” (para. 175).

[104] In *PHS*, this Court found that the Minister’s refusal to exempt the safe injection site from drug possession laws was not in accordance with the principles of fundamental justice because the effect of denying health services and increasing the risk of death and disease of injection drug users was grossly disproportionate to the objectives of the drug possession laws, namely public health and safety.

[105] The overarching lesson that emerges from the case law is that laws run afoul of our basic values when the means by which the state seeks to attain its objective is fundamentally flawed, in the sense of being arbitrary, overbroad, or having effects that are grossly disproportionate to the legislative goal. To deprive citizens of life, liberty, or security of the person by laws that violate these

criminel empêchaient l’accusé jugé inapte à subir son procès de bénéficier d’une libération inconditionnelle et l’obligeaient à comparaître périodiquement devant une commission d’examen pendant une période indéfinie. Les dispositions avaient pour objet « de fournir à l’accusé un traitement ou une évaluation continue afin de le rendre éventuellement apte à subir son procès » (par. 41). Selon la Cour, dans la mesure où les dispositions s’appliquaient malgré l’inaptitude permanente de l’accusé — qui ne deviendrait jamais apte à subir son procès —, leur objectif « ne s’appliqu[ait] pas » et leur portée était donc excessive (par. 42-43).

[103] La disposition dont l’effet est totalement disproportionné à l’objectif de l’État viole aussi nos valeurs fondamentales. Dans *Malmo-Levine*, l’accusé contestait l’interdiction de posséder de la marijuana au motif que ses effets étaient totalement disproportionnés à son objectif. La Cour reconnaît qu’une disposition aux effets totalement disproportionnés viole nos normes fondamentales, mais elle conclut que tel n’est pas le cas en l’espèce : « . . . les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d’emprisonnement, n’excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au Parlement » (par. 175).

[104] Dans l’arrêt *PHS*, notre Cour conclut que le refus du ministre de soustraire le centre d’injection supervisée à l’application des dispositions sur la possession de drogue n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale parce que le refus de services de santé et l’augmentation du risque de décès et de maladie chez les consommateurs de drogues injectables sont totalement disproportionnés aux objectifs des dispositions sur la possession de drogue, à savoir la santé et la sécurité publiques.

[105] L’enseignement primordial de la jurisprudence veut qu’une disposition aille à l’encontre de nos valeurs fondamentales lorsque les moyens mis en œuvre par l’État pour atteindre son objectif comportent une faille fondamentale en ce qu’ils sont arbitraires ou ont une portée trop générale, ou encore, ont des effets totalement disproportionnés à l’objectif législatif. Il n’est pas conforme

norms is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[106] As these principles have developed in the jurisprudence, they have not always been applied consistently. The Court of Appeal below pointed to the confusion that has been caused by the “comingling” of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality (paras. 143-51). This Court itself recently noted the conflation of the principles of overbreadth and gross disproportionality (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at paras. 38-40; see also *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, at para. 72). In short, courts have explored different ways in which laws run afoul of our basic values, using the same words — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — in slightly different ways.

[107] Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality” — the situation where the law is “inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it” (*Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 151). As Peter Hogg has explained:

The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality”, by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.

(“The Brilliant Career of Section 7 of the Charter” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, at p. 209 (citation omitted))

aux principes de justice fondamentale de priver un citoyen du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne au moyen d’une disposition ainsi irrégulière.

[106] Au fil de l’évolution jurisprudentielle, ces principes n’ont pas toujours été appliqués uniformément. En l’espèce, la Cour d’appel signale la confusion créée par l’[TRADUCTION] « amalgame » du caractère arbitraire, de la portée excessive et de la disproportion totale (par. 143-151). Notre Cour relevait elle-même récemment que l’on confond portée excessive et disproportion totale (*R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 38-40; voir également *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, par. 72). Ainsi, les tribunaux ont employé les mêmes mots — caractère arbitraire, portée excessive et disproportion totale — avec quelques variantes pour explorer les différentes manières dont une disposition législative peut aller à l’encontre de nos valeurs fondamentales.

[107] Bien qu’il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d’une de ces trois notions puissent bel et bien s’appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n’est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu’elle va trop loin pour l’atteindre » (*Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 151). Peter Hogg explique :

[TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l’objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l’atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d’atteindre l’objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.

(« The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, p. 209 (renvoi omis))

[108] The case law on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality is directed against two different evils. The first evil is the absence of a connection between the infringement of rights and what the law seeks to achieve — the situation where the law’s deprivation of an individual’s life, liberty, or security of the person is not connected to the purpose of the law. The first evil is addressed by the norms against arbitrariness and overbreadth, which target the absence of connection between the law’s purpose and the s. 7 deprivation.

[109] The second evil lies in depriving a person of life, liberty or security of the person in a manner that is grossly disproportionate to the law’s objective. The law’s impact on the s. 7 interest is connected to the purpose, but the impact is so severe that it violates our fundamental norms.

[110] Against this background, it may be useful to elaborate on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality.

[111] Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law’s purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person (Stewart, at p. 136). A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. Thus, in *Chaoulli*, the law was arbitrary because the prohibition of private health insurance was held to be unrelated to the objective of protecting the public health system.

[112] Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. For instance, the law at issue in *Demers* required unfit accused to

[108] La jurisprudence relative au caractère arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale s’attache à deux failles. La première est l’absence de lien entre l’atteinte aux droits et l’objectif de la disposition — lorsque l’atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n’a aucun lien avec l’objet de la loi. Ce sont alors les principes liés au caractère arbitraire et à la portée excessive (l’absence de lien entre l’objet de la disposition et l’atteinte au droit garanti par l’art. 7) qui sont en cause.

[109] La seconde faille se présente lorsqu’une disposition prive une personne du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d’une manière totalement disproportionnée à son objectif. L’incidence sur le droit garanti à l’art. 7 a un lien avec l’objet, mais elle est si importante qu’elle viole nos normes fondamentales.

[110] Dans ce contexte, il peut être utile de développer les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale.

[111] Déterminer qu’une disposition est arbitraire ou non exige qu’on se demande s’il existe un lien direct entre son objet et l’effet allégué sur l’intéressé, s’il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l’objet de la mesure qui cause l’atteinte au droit garanti à l’art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (Stewart, p. 136). La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n’ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. Ainsi, dans *Chaoulli*, la Cour juge les dispositions arbitraires parce qu’interdire l’assurance maladie privée n’a aucun rapport avec l’objectif de protéger le système de santé public.

[112] Il y a portée excessive lorsqu’une disposition s’applique si largement qu’elle vise *certain*s actes qui n’ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n’existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. Par exemple, dans *Demers*, le texte législatif en cause exigeait

attend repeated review board hearings. The law was only disconnected from its purpose insofar as it applied to permanently unfit accused; for temporarily unfit accused, the effects were related to the purpose.

[113] Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*.

[114] It has been suggested that overbreadth is not truly a distinct principle of fundamental justice. The case law has sometimes said that overbreadth straddles both arbitrariness and gross disproportionality. Thus, in *Heywood*, Cory J. stated: "The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate" (p. 793).

[115] And in *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, the companion case to *Malmo-Levine*, Gonthier and Binnie JJ. explained:

Overbreadth in that respect addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is grossly disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect. Overbreadth in this aspect is, as Cory J. pointed out [in *Heywood*], related to arbitrariness. [Emphasis deleted; para. 38.]

[116] In part this debate is semantic. The law has not developed by strict labels, but on a case-by-case

que l'accusé inapte compare périodiquement devant la commission d'examen. Il n'était dissocié de son objet que dans la mesure où il s'appliquait à un accusé inapte en permanence; ses effets étaient liés à l'objet dans le cas de l'accusé temporairement inapte.

[113] L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'intéressé. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[114] On a fait valoir que la portée excessive ne correspond pas vraiment à un principe distinct de justice fondamentale. Il appert de certains arrêts que la portée excessive empiète à la fois sur le caractère arbitraire et sur la disproportion totale. Dans *Heywood*, le juge Cory affirme par exemple ce qui suit : « Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793).

[115] Dans *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735, l'arrêt connexe à *Malmo-Levine*, les juges Gonthier et Binnie expliquent :

Dans ce contexte, la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est [totalement] disproportionné [. . .] à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger. À cet égard, comme l'a souligné le juge Cory [dans *Heywood*], la portée excessive est liée au caractère arbitraire. [Italiques omis; par. 38.]

[116] Le débat est en partie sémantique. Le droit a évolué non par le recours à des étiquettes

basis, as courts identified laws that were inherently bad because they violated our basic values.

[117] Moving forward, however, it may be helpful to think of overbreadth as a distinct principle of fundamental justice related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is *no connection* between the effects of a law and its objective. Overbreadth simply allows the court to recognize that the lack of connection arises in a law that goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective.

[118] An ancillary question, which applies to both arbitrariness and overbreadth, concerns how significant the lack of correspondence between the objective of the infringing provision and its effects must be. Questions have arisen as to whether a law is arbitrary or overbroad when its effects are *inconsistent* with its objective, or whether, more broadly, a law is arbitrary or overbroad whenever its effects are *unnecessary* for its objective (see, e.g., *Chaoulli*, at paras. 233-34).

[119] As noted above, the root question is whether the law is inherently bad because there is *no connection*, in whole or in part, between its effects and its purpose. This standard is not easily met. The evidence may, as in *Morgentaler*, show that the effect actually undermines the objective and is therefore “inconsistent” with the objective. Or the evidence may, as in *Chaoulli*, show that there is simply no connection on the facts between the effect and the objective, and the effect is therefore “unnecessary”. Regardless of how the judge describes this lack of connection, the ultimate question remains whether the evidence establishes that the law violates basic norms because there is *no connection* between its effect and its purpose. This is a matter to be determined on a case-by-case basis, in light of the evidence.

[120] Gross disproportionality asks a different question from arbitrariness and overbreadth. It

strictes, mais d’une décision à l’autre, lorsque les tribunaux ont jugé des dispositions intrinsèquement mauvaises parce qu’elles violaient nos valeurs fondamentales.

[117] Avant de passer au point suivant, toutefois, il peut être utile de voir dans la portée excessive un principe distinct de justice fondamentale lié au caractère arbitraire, l’*absence de lien* entre les effets d’une disposition et son objectif étant commune aux deux. La portée excessive permet seulement au tribunal de reconnaître l’absence de lien lorsqu’une disposition va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n’a aucun rapport avec son objectif.

[118] Une question accessoire, qui touche à la fois le caractère arbitraire et la portée excessive, concerne l’ampleur que doit revêtir l’absence de correspondance entre l’objectif de la disposition attentatoire et ses effets. On s’est demandé si une disposition était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets étaient *incompatibles* avec son objectif ou si, de manière générale, elle était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets *n’étaient pas nécessaires* à la réalisation de son objectif (voir, p. ex., *Chaoulli*, par. 233-234).

[119] Rappelons qu’il s’agit fondamentalement de déterminer 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. Satisfaire à cette norme n’est pas chose aisée. Comme dans l’affaire *Morgentaler*, la preuve peut démontrer que l’effet compromet en fait la réalisation de l’objectif et qu’il est donc « incompatible » avec celui-ci. Il peut aussi ressortir de la preuve, comme dans *Chaoulli*, qu’il n’y a tout simplement pas de lien entre l’effet et l’objectif, de sorte que l’effet « n’est pas nécessaire ». Peu importe la manière dont le juge qualifie cette absence de lien, la question demeure au fond de savoir si la preuve établit que la disposition viole des normes fondamentales du fait de l’*absence de lien* entre son effet et son objet. Il faut statuer en fonction du dossier et de la preuve offerte.

[120] La disproportion totale s’attache à d’autres éléments que ceux considérés pour le caractère

targets the second fundamental evil: the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported. The rule against gross disproportionality only applies in extreme cases where the seriousness of the deprivation is totally out of sync with the objective of the measure. This idea is captured by the hypothetical of a law with the purpose of keeping the streets clean that imposes a sentence of life imprisonment for spitting on the sidewalk. The connection between the draconian impact of the law and its object must be entirely outside the norms accepted in our free and democratic society.

[121] Gross disproportionality under s. 7 of the *Charter* does *not* consider the beneficial effects of the law for society. It balances the negative effect on the individual against the purpose of the law, *not* against societal benefit that might flow from the law. As this Court said in *Malmo-Levine*:

In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types of social and economic harms that generally have no place in s. 7. [para. 181]

[122] Thus, gross disproportionality is not concerned with the number of people who experience grossly disproportionate effects; a grossly disproportionate effect on one person is sufficient to violate the norm.

[123] All three principles — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness. That is, they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits. They do not consider ancillary benefits to the general population. Furthermore, none of the principles measure the percentage of the population that is negatively impacted. The

arbitraire et la portée excessive. Elle vise la seconde faille fondamentale, à savoir le fait que les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. La règle qui exclut la disproportion totale ne s'applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif de la mesure. Pour illustrer cette idée, prenons l'hypothèse d'une loi qui, dans le but d'assurer la propreté des rues, infligerait une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque cracherait sur le trottoir. Le lien entre les répercussions draconiennes et l'objet doit déborder complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique.

[121] L'analyse de la disproportion totale au regard de l'art. 7 de la *Charte* ne tient *pas* compte des avantages de la loi pour la société. Elle met en balance l'effet préjudiciable sur l'intéressé avec l'objet de la loi, et *non* avec l'avantage que la société peut retirer de la loi. Comme le dit notre Cour dans *Malmo-Levine* :

Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7. [par. 181]

[122] Il peut y avoir disproportion totale indépendamment du nombre de personnes touchées; un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit.

[123] Les trois notions — le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale — supposent la comparaison de l'atteinte aux droits causée par la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité. Autrement dit, elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi. Elles ne tiennent pas compte des avantages accessoires pour la population en général. De plus, aucune ne requiert la détermination du

analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

(b) *The Relationship Between Section 7 and Section 1*

[124] This Court has previously identified parallels between the rules against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality under s. 7 and elements of the s. 1 analysis for justification of laws that violate *Charter* rights. These parallels should not be allowed to obscure the crucial differences between the two sections.

[125] Section 7 and s. 1 ask different questions. The question under s. 7 is whether the law's negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law's purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law's purpose. Under s. 1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s. 1, but it plays no part in the s. 7 analysis, which is concerned with the narrower question of whether the impugned law infringes individual rights.

[126] As a consequence of the different questions they address, s. 7 and s. 1 work in different ways. Under s. 1, the government bears the burden of showing that a law that breaches an individual's

pourcentage de la population qui est touchée par un effet préjudiciable. L'analyse est qualitative et non quantitative. La question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

b) *Interaction entre l'art. 7 et l'article premier*

[124] Notre Cour a déjà établi des parallèles entre les règles qui interdisent le caractère arbitraire, la portée excessive ou la disproportion totale au regard de l'art. 7 et les éléments de l'analyse, fondée sur l'article premier, de la justification d'une disposition qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Ces parallèles ne doivent pas permettre d'occulter les différences cruciales entre ces deux articles.

[125] L'article 7 et l'article premier appellent des questions différentes. Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d'abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet. Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier, mais elle ne joue aucun rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 7, qui se soucie seulement de savoir si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel.

[126] En raison des considérations différentes qui président à leur application, l'art. 7 et l'article premier opèrent différemment. Suivant l'article premier, il incombe à l'État de démontrer que

rights can be justified having regard to the government's goal. Because the question is whether the broader public interest justifies the infringement of individual rights, the law's goal must be pressing and substantial. The "rational connection" branch of the s. 1 analysis asks whether the law was a rational means for the legislature to pursue its objective. "Minimal impairment" asks whether the legislature could have designed a law that infringes rights to a lesser extent; it considers the legislature's reasonable alternatives. At the final stage of the s. 1 analysis, the court is required to weigh the negative impact of the law on people's rights against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are judged both qualitatively and quantitatively. Unlike individual claimants, the Crown is well placed to call the social science and expert evidence required to justify the law's impact in terms of society as a whole.

[127] By contrast, under s. 7, the claimant bears the burden of establishing that the law deprives her of life, liberty or security of the person, in a manner that is not connected to the law's object or in a manner that is grossly disproportionate to the law's object. The inquiry into the purpose of the law focuses on the nature of the object, not on its efficacy. The inquiry into the impact on life, liberty or security of the person is not quantitative — for example, how many people are negatively impacted — but qualitative. An arbitrary, overbroad, or grossly disproportionate impact on one person suffices to establish a breach of s. 7. To require s. 7 claimants to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government's s. 1 burden on claimants under s. 7. That cannot be right.

[128] In brief, although the concepts under s. 7 and s. 1 are rooted in similar concerns, they are analytically distinct.

la disposition attentatoire peut être justifiée par l'objectif du législateur. Parce que la question est celle de savoir si l'intérêt public général justifie l'atteinte aux droits individuels, l'objectif doit être urgent et réel. Le volet de l'analyse fondée sur l'article premier qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » consiste à déterminer si, pour le législateur, la disposition représente un moyen rationnel d'atteindre son objectif. Le volet relatif à l'« atteinte minimale » établit si le législateur aurait pu concevoir une disposition moins attentatoire; il s'intéresse aux solutions de rechange raisonnables qui s'offrent au législateur. À l'étape finale de l'analyse fondée sur l'article premier, le tribunal soupèse l'effet préjudiciable de la disposition sur les droits des personnes et son effet bénéfique sur la réalisation de son objectif dans l'intérêt public supérieur. L'effet est apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. À la différence d'un demandeur individuel, l'État est bien placé pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d'experts qui justifient les répercussions d'une disposition sur l'ensemble de la société.

[127] En revanche, l'art. 7 oblige le demandeur à démontrer que la disposition porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui est sans lien avec l'objet de la disposition ou qui est totalement disproportionnée à celui-ci. La détermination de l'objet s'attache à sa nature et non à son efficacité. La détermination de l'effet sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas quantitative, mais qualitative. On ne se demande donc pas combien de personnes subissent un effet préjudiciable. Il suffit d'un effet arbitraire, excessif ou totalement disproportionné sur une seule personne pour établir l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7. Obliger la personne qui invoque l'art. 7 à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier, ce qui ne saurait être acceptable.

[128] En résumé, bien que l'art. 7 et l'article premier fassent intervenir des notions qui s'originent de préoccupations semblables, ils commandent des analyses distinctes.

[129] It has been said that a law that violates s. 7 is unlikely to be justified under s. 1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 96-98). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s. 1 of the *Charter* cannot be discounted.

(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice?

(a) *Section 210: The Bawdy-House Prohibition*

(i) The Object of the Provision

[130] The bawdy-house provision has remained essentially unchanged since it was moved to Part V of the *Criminal Code*, “Disorderly Houses, Gaming and Betting”, in the 1953-54 *Code* revision (c. 51, s. 182). In *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704, Estey J. found “little, if any, doubt” in the authorities that the disorderly house provisions were not directed at the mischief of betting, gaming and prostitution *per se*, but rather at the harm to the community in which such activities were carried on in a notorious and habitual manner (p. 712). This objective can be traced back to the common law origins of the bawdy-house provisions (see, e.g., E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817, first published 1644), at pp. 205-6).

[131] The appellant Attorneys General argue that the object of this provision, considered alone and in conjunction with the other prohibitions, is to

[129] On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l’art. 7 avait peu de chances d’être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la MVA*, p. 518). L’importance des droits fondamentaux protégés par l’art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu’il peut se présenter des situations dans lesquelles l’article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l’arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l’État soit en mesure de démontrer que l’atteinte à un droit garanti à l’art. 7 est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*, selon l’importance de l’objectif législatif et la nature de l’atteinte à un droit garanti par l’art. 7.

(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale?

a) *Article 210 : Interdiction des maisons de débauche*

(i) Objet de la disposition

[130] La disposition relative aux maisons de débauche est demeurée pour l’essentiel inchangée depuis qu’elle figure à la partie V du *Code criminel* intitulée « Maisons de désordre, jeux et paris » par suite de la révision de 1953-1954 (ch. 51, art. 182). Dans l’arrêt *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704, le juge Estey se dit d’avis que la jurisprudence « ne permet plus de douter » que le méfait visé par ces infractions n’est pas le pari, le jeu et la prostitution en soi, mais plutôt le préjudice porté aux intérêts de la collectivité dans laquelle ces activités s’exercent d’une manière notoire et habituelle (p. 712). On peut faire remonter cet objectif à la common law qui est à l’origine des dispositions sur les maisons de débauche (voir, p. ex., E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817, publié pour la première fois en 1644), p. 205-206).

[131] Les procureurs généraux appelants soutiennent que, seule ou de concert avec les autres, cette interdiction vise à décourager la prostitution. Le

deter prostitution. The record does not support this contention; on the contrary, it is clear from the legislative record that the purpose of the prohibition is to prevent community harms in the nature of nuisance.

[132] There is no evidence to support a reappraisal of this purpose by Parliament. The doctrine against shifting objectives does not permit a new object to be introduced at this point (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731). On its face, the provision is only directed at in-call prostitution, and so cannot be said to aim at deterring prostitution generally. To find that it operates with the other *Criminal Code* provisions to deter prostitution generally is also unwarranted, given their piecemeal evolution and patchwork construction, which leaves out-calls and prostitution itself untouched. I therefore agree with the lower courts that the objectives of the bawdy-house provision are to combat neighbourhood disruption or disorder and to safeguard public health and safety.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[133] The courts below considered whether the bawdy-house prohibition is overbroad, or grossly disproportionate.

[134] I agree with them that the negative impact of the bawdy-house prohibition on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective. I therefore find it unnecessary to decide whether the prohibition is overbroad insofar as it applies to a single prostitute operating out of her own home (C.A., at para. 204). The application judge found on the evidence that moving to a bawdy-house would improve prostitutes' safety by providing the "safety benefits of proximity to others, familiarity with surroundings, security staff, closed-circuit television and other such monitoring that a permanent indoor location can facilitate" (para. 427). Balancing this against the evidence demonstrating

dossier n'appuie pas leur prétention; au contraire, il ressort du dossier législatif que l'interdiction a pour objet de faire obstacle au préjudice apparenté à la nuisance qui est infligé à la collectivité.

[132] Nul élément de preuve ne justifie la remise en cause de cet objectif. Le principe qui fait obstacle au changement d'objet ne permet pas de conclure maintenant à l'existence d'un nouvel objectif (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731). À première vue, la disposition ne vise que la prostitution pratiquée chez soi, de sorte qu'elle ne saurait viser à décourager la prostitution en général. Il n'y a pas lieu non plus de conclure qu'elle a pour effet, avec les autres dispositions du *Code criminel*, de décourager la prostitution en général, étant donné le caractère parcellaire de l'adoption et de l'évolution des dispositions qui a permis à la prostitution pratiquée chez autrui et à la prostitution comme telle d'échapper à la répression. Je conviens donc avec les juridictions inférieures que l'objectif de la disposition sur les maisons de débauche est de lutter contre les troubles de voisinage et de protéger la santé et la sécurité publiques.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[133] Les juridictions inférieures se demandent si l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande ou si elle est totalement disproportionnée.

[134] Je conviens avec elles que l'effet préjudiciable de l'interdiction sur le droit à la sécurité des demanderesse est totalement disproportionné à l'objectif. J'estime donc inutile de me prononcer sur sa portée excessive dans le cas de la prostituée qui travaille seule chez elle (C.A., par. 204). La juge de première instance conclut de la preuve que dispenser leurs services dans une maison de débauche accroîtrait la sécurité des prostituées en les faisant bénéficier [TRADUCTION] « de l'avantage sécuritaire de la proximité d'autres personnes, de la familiarisation avec les lieux, d'un personnel chargé de leur sécurité, de la télésurveillance en circuit fermé et de toute autre mesure que permet un lieu permanent

that “complaints about nuisance arising from indoor prostitution establishments are rare” (*ibid.*), she found that the harmful impact of the provision was grossly disproportionate to its purpose.

[135] The Court of Appeal acknowledged that empirical evidence on the subject is difficult to gather, since almost all the studies focus on street prostitution. However, it concluded that the evidence supported the application judge’s findings on gross disproportionality — in particular, the evidence of the high homicide rate among prostitutes, with the overwhelming number of victims being street prostitutes. The Court of Appeal agreed that moving indoors amounts to a “basic safety precaution” for prostitutes, one which the bawdy-house provision makes illegal (paras. 206-7).

[136] In my view, this conclusion was not in error. The harms identified by the courts below are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption that is the object of the law. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. A law that prevents street prostitutes from resorting to a safe haven such as Grandma’s House while a suspected serial killer prowls the streets, is a law that has lost sight of its purpose.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[137] This Court has held, *per* Cory J. for the majority in *Downey*, that the purpose of this provision is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage:

It can be seen that the majority of offences outlined in s. 195 are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section

situé à l’intérieur » (par. 427). Après avoir mis en balance ces éléments avec la preuve selon laquelle « rares sont les plaintes pour nuisance déposées contre un établissement où se pratique la prostitution » (*ibid.*), elle conclut que l’effet préjudiciable de la disposition est totalement disproportionné à son objectif.

[135] La Cour d’appel reconnaît qu’il est difficile de recueillir des données empiriques sur le sujet étant donné que la plupart des études s’intéressent surtout à la prostitution dans la rue. Elle conclut toutefois que la preuve étaye les conclusions de la juge sur la disproportion totale, en particulier en ce qui concerne le nombre élevé de meurtres de prostituées, en très grande majorité des prostituées travaillant dans la rue. Elle convient que travailler à l’intérieur constitue une [TRADUCTION] « précaution élémentaire » que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale pour les prostituées (par. 206-207).

[136] À mon avis, cette conclusion n’est pas erronée. Les préjudices relevés par les juridictions inférieures sont totalement disproportionnés à l’objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer la nuisance, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. La disposition qui empêche une prostituée de la rue de recourir à un refuge sûr comme Grandma’s House alors qu’un tueur en série est soupçonné de sévir dans les rues est une disposition qui a perdu de vue son objectif.

b) *Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme*

(i) Objet de la disposition

[137] Dans l’arrêt *Downey*, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Cory) concluent que l’al. 212(1)j) vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l’exploitation qui y sont associés :

On peut constater que la majorité des infractions mentionnées à l’art. 195 visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s’adonner à la prostitution

195(1)(j) [now s. 212(1)(j)] is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. It has been held correctly I believe that the target of s. 195(1)(j) is the person who lives parasitically off a prostitute's earnings. That person is commonly and aptly termed a pimp. [p. 32]

[138] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the true objective of s. 212(1)(j) is to target the commercialization of prostitution, and to promote the values of dignity and equality. This characterization of the objective does not accord with *Downey*, and is not supported by the legislative record. It must be rejected.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[139] The courts below concluded that the living on the avails provision is overbroad insofar as it captures a number of non-exploitative relationships which are not connected to the law's purpose. The courts below also concluded that the provision's negative effect on the security and safety of prostitutes is grossly disproportionate to its objective of protecting prostitutes from harm.

[140] I agree with the courts below that the living on the avails provision is overbroad.

[141] The provision has been judicially restricted to those who provide a service or good to a prostitute because she is a prostitute, thus excluding grocers and doctors, for instance (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). It also has been held to require that exploitation be proven in the case of a person who lives with the prostitute, in order to exclude people in legitimate domestic relationships with a prostitute (*Grilo*). These refinements render the prohibition narrower than its words might suggest.

[142] The question here is whether the law nevertheless goes too far and thus deprives the applicants of their security of the person in a manner unconnected to the law's objective. The law punishes

ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1)(j) [aujourd'hui remplacé par l'al. 212(1)(j)] vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d'un prostitué. On estime à juste titre, je crois, que la cible visée par l'al. 195(1)(j) est la personne qui vit en parasite du revenu d'un prostitué, qu'on appelle communément et fort à propos le souteneur. [p. 32]

[138] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que le véritable objectif de l'al. 212(1)(j) est de réprimer la commercialisation de la prostitution et de promouvoir les valeurs que sont la dignité et l'égalité. Leur prétention est contraire à l'arrêt *Downey* et n'est pas étayée par le dossier législatif. Elle doit donc être écartée.

(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale

[139] Les juridictions inférieures estiment que la portée de la disposition sur le proxénétisme est excessive en ce que sont ciblés des rapports dénués d'exploitation qui n'ont aucun lien avec l'objet de la disposition. Elles opinent en outre que l'effet préjudiciable de la disposition sur la sécurité des prostituées est totalement disproportionné à l'objectif de les protéger.

[140] Je conviens avec elles que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive.

[141] Les tribunaux n'ont appliqué la disposition qu'à la personne qui offre un service ou un bien à une prostituée parce qu'elle est une prostituée, ce qui exclut, par exemple, l'épicier ou le médecin (*Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). Ils ont également statué que, dans le cas d'une personne habitant avec une prostituée, l'exploitation devait être prouvée afin qu'un conjoint de fait légitime ne puisse être inquiété (*Grilo*). Leur démarche a pour effet de limiter la portée que l'interdiction pourrait avoir si l'on s'en tenait strictement à son libellé.

[142] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la disposition va néanmoins trop loin et porte ainsi atteinte au droit à la sécurité des demanderesse selon des modalités qui sont étrangères

everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes (for example, controlling and abusive pimps) and those who could increase the safety and security of prostitutes (for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards). It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes some conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is therefore overbroad.

[143] The appellant Attorneys General argue that the line between an exploitative pimp and a prostitute's legitimate driver, manager or bodyguard, blurs in the real world. A relationship that begins on a non-exploitative footing may become exploitative over time. If the provision were tailored more narrowly — for example, by reading in “in circumstances of exploitation” as the Court of Appeal did — evidentiary difficulties may lead to exploiters escaping liability. Relationships of exploitation often involve intimidation and manipulation of the kind that make it very difficult for a prostitute to testify. For these reasons, the Attorneys General argue, the provision must be drawn broadly in order to effectively capture those it targets.

[144] This argument is more appropriately addressed under the s. 1 analysis. As stated above, if a law captures conduct that bears no relation to its purpose, the law is overbroad under s. 7; enforcement practicality is one way the government may justify an overbroad law under s. 1 of the *Charter*.

[145] Having found that the prohibition on living on the avails of prostitution is overbroad, I find it unnecessary to consider whether it is also grossly disproportionate to its object of protecting prostitutes from exploitative relationships.

à l'objectif poursuivi. Est sanctionné quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui sans que ne soit établie de distinction entre celui qui exploite une prostituée (tel le proxénète contrôlant et violent) et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. Certains actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent aussi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive.

[143] Les procureurs généraux appelants font valoir que, dans la réalité, la ligne de démarcation entre le proxénète qui exploite une prostituée et le chauffeur, le gérant ou le garde du corps d'une prostituée est floue. Une relation qui n'est empreinte d'aucune exploitation au départ peut le devenir avec le temps. Si le libellé de la disposition était circonscrit davantage — par exemple en considérant que les mots « dans des situations d'exploitation » y sont employés, comme le préconise la Cour d'appel —, un exploitateur pourrait échapper à l'application de la loi du seul fait que sa responsabilité serait difficile à établir. L'exploitation comporte souvent manipulation et intimidation, ce qui rend très difficile l'obtention du témoignage d'une prostituée. Les procureurs généraux font donc valoir que la disposition doit avoir une grande portée afin de réprimer les actes qui sont censés l'être.

[144] Cette considération a davantage sa place dans l'analyse fondée sur l'article premier. Je le répète, une disposition a une portée excessive au regard de l'art. 7 lorsqu'elle s'applique à un comportement qui est sans rapport avec son objet; l'utilité pratique sur le plan de l'application est l'une des considérations que le gouvernement peut invoquer pour justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[145] Vu ma conclusion que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive, il me paraît inutile de déterminer si elle est aussi totalement disproportionnée à son objectif de protéger les prostituées contre l'exploitation.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[146] The object of the communicating provision was explained by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*:

Like Wilson J., I would characterize the legislative objective of s. 195.1(1)(c) [now s. 213(1)(c)] in the following manner: the provision is meant to address solicitation in public places and, to that end, seeks to eradicate the various forms of social nuisance arising from the public display of the sale of sex. My colleague Lamer J. finds that s. 195.1(1)(c) is truly directed towards curbing the exposure of prostitution and related violence, drugs and crime to potentially vulnerable young people, and towards eliminating the victimization and economic disadvantage that prostitution, and especially street soliciting, represents for women. I do not share the view that the legislative objective can be characterized so broadly. In prohibiting sales of sexual services in public, the legislation does not attempt, at least in any direct manner, to address the exploitation, degradation and subordination of women that are part of the contemporary reality of prostitution. Rather, in my view, the legislation is aimed at taking solicitation for the purposes of prostitution off the streets and out of public view.

The *Criminal Code* provision subject to attack in these proceedings clearly responds to the concerns of home-owners, businesses, and the residents of urban neighbourhoods. Public solicitation for the purposes of prostitution is closely associated with street congestion and noise, oral harassment of non-participants and general detrimental effects on passers-by or bystanders, especially children. [pp. 1134-35]

[147] It is clear from these reasons that the purpose of the communicating provision is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution “off the streets and out of public view” in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The *Prostitution Reference* belies the argument of the Attorneys General that

c) *Alinéa 213(1)c) : Communiquer en public à des fins de prostitution*

(i) Objet de la disposition

[146] Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson explique l’objet de la disposition sur la communication :

Comme le juge Wilson, je suis d’avis de qualifier l’objectif législatif de l’al. 195.1(1)c) [aujourd’hui remplacé par l’al. 213(1)c)] de la façon suivante : la disposition vise la sollicitation dans les endroits publics et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l’étalage en public de la vente de services sexuels. Mon collègue le juge Lamer conclut que l’al. 195.1(1)c) vise en réalité à empêcher que de jeunes personnes vraisemblablement vulnérables soient exposées à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime qui l’accompagnent et à éliminer l’oppression et la sujétion économique que la prostitution, et particulièrement la sollicitation de rue, représentent pour les femmes. Je ne partage pas l’opinion que l’objectif législatif puisse être qualifié de façon aussi large. En interdisant la vente de services sexuels dans les endroits publics, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de traiter le problème de l’exploitation, de la dégradation et de la subordination des femmes, qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. À mon avis, la loi vise plutôt à empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public.

La disposition du *Code criminel* contestée en l’espèce répond clairement aux préoccupations des propriétaires de maison, des commerces et des habitants des secteurs urbains. La sollicitation en public aux fins de la prostitution est intimement associée à l’encombrement des rues ainsi qu’au bruit, au harcèlement verbal de ceux qui n’y participent pas et à divers effets généralement néfastes sur les passants et les spectateurs, particulièrement les enfants. [p. 1134-1135]

[147] Il s’ensuit clairement que la disposition sur la communication vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien « à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public » afin d’empêcher les nuisances susceptibles d’en découler. Le *Renvoi sur la prostitution* contredit la thèse des procureurs généraux selon laquelle

Parliament's overall objective in these provisions is to deter prostitution.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[148] The application judge concluded that the harm imposed by the prohibition on communicating in public was grossly disproportionate to the provision's object of removing the nuisance of prostitution from the streets. This was based on evidence that she found established that the ability to screen clients was an "essential tool" to avoiding violent or drunken clients (application decision, at para. 432).

[149] The majority of the Court of Appeal found that the application judge erred in her analysis of gross disproportionality by attaching too little importance to the objective of s. 213(1)(c), and by incorrectly finding on the evidence that face-to-face communication with a prospective customer is essential to enhancing prostitutes' safety (paras. 306 and 310).

[150] In my view, the Court of Appeal majority's reasoning on this question is problematic, largely for the reasons set out by MacPherson J.A., dissenting in part. Four aspects of the majority's analysis are particularly troubling.

[151] First, in concluding that the application judge accorded too little weight to the legislative objective of s. 213(1)(c), the majority of the Court of Appeal criticized her characterization of the object of the provision as targeting "noise, street congestion, and the possibility that the practice of prostitution will interfere with those nearby" (C.A., at para. 306). But the application judge's conclusion was in concert with the object of s. 213(1)(c) established by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*, which the majority of the Court of Appeal endorsed earlier in their reasons (para. 286).

[152] Compounding this error, the majority of the Court of Appeal inflated the objective of the prohibition on public communication by referring to "drug possession, drug trafficking, public

l'objectif général de la disposition serait de décourager la prostitution.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[148] La juge de première instance conclut que le préjudice causé par l'interdiction de communiquer en public est totalement disproportionné à l'objet de la disposition, à savoir mettre fin à la nuisance que constitue la prostitution dans la rue. Elle s'appuie sur des éléments de preuve qui, à son avis, démontrent que la possibilité de jauger les clients est [TRADUCTION] « essentielle » à la détection de ceux qui sont violents ou ivres (décision de première instance, par. 432).

[149] Les juges majoritaires de la Cour d'appel opinent que, dans son analyse de la proportionnalité, la juge de première instance commet l'erreur d'accorder trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)c) et de conclure, à partir de la preuve, que la possibilité d'une communication entre les intéressés est essentielle à la sécurité des prostituées (par. 306 et 310).

[150] À mon avis, le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point pose problème, en grande partie pour les motifs qu'invoque le juge MacPherson, dissident en partie. Leur analyse est problématique sous quatre rapports.

[151] Premièrement, pour conclure que la juge accorde trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)c), les juges majoritaires de la Cour d'appel lui reprochent d'affirmer que la disposition vise [TRADUCTION] « le bruit, l'encombrement des rues et la possibilité que l'exercice de la prostitution gêne ceux qui se trouvent dans les lieux environnants » (C.A., par. 306). Or, la conclusion de la juge s'accorde avec l'objet de l'al. 213(1)c) reconnu par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi sur la prostitution* et auquel les juges majoritaires souscrivent par ailleurs dans leurs motifs (par. 286).

[152] Pour ajouter à cette erreur, les juges majoritaires accroissent la portée de l'objectif de l'interdiction de la communication en public en mentionnant [TRADUCTION] « la possession de drogue, le

intoxication, and organized crime” (para. 307), even though Dickson C.J. explicitly *excluded* the exposure of “related violence, drugs and crime” to vulnerable young people from the objectives of s. 213(1)(c). At most, the provision’s effect on these other issues is an ancillary benefit — and, as such, it should not play into the gross disproportionality analysis, which weighs the actual objective of the provision against its negative impact on the individual’s life, liberty and security of the person.

[153] The three remaining concerns with the majority’s reasoning relate to the other side of the balance: the assessment of the impact of the provision.

[154] First, the majority of the Court of Appeal erroneously substituted its assessment of the evidence for that of the application judge. It found that the application judge’s conclusion that face-to-face communication is essential to enhancing prostitutes’ safety was based only on “anecdotal evidence . . . informed by her own common sense” (para. 311). This was linked to its error, discussed above, in according too little deference to the application judge on findings of social and legislative facts. MacPherson J.A. for the minority, correctly countered that the evidence on this point came from both prostitutes’ own accounts and from expert assessments, and provided a firm basis for the application judge’s conclusion (paras. 348-50).

[155] Second, the majority ignored the law’s effect of displacing prostitutes to more secluded, less secure locations. The application judge highlighted this displacement (at para. 331), citing the evidence found in the report of the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights Subcommittee on Solicitation Laws (*The Challenge of Change: A Study of Canada’s Criminal Prostitution Laws* (2006)) on the effects of s. 213(1)(c). The majority’s conclusion that the application judge did not have a proper basis to

trafic de stupéfiants, l’intoxication publique et le crime organisé » (par. 307). Pourtant, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson *écarte* explicitement des objectifs de l’al. 213(1)c) le fait d’empêcher que de jeunes personnes vulnérables soient exposées « à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime » qui accompagnent la prostitution. Tout au plus, l’effet de cette disposition sur ces autres aspects ne constitue qu’un avantage accessoire, de sorte qu’il ne devrait pas être pris en compte lorsque, dans le cadre de l’analyse de la proportionnalité, on soupèse l’objectif réel de la disposition et son effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

[153] Les trois autres failles du raisonnement de la majorité touchent l’autre plateau de la balance, soit l’effet de la disposition.

[154] Premièrement, les juges majoritaires de la Cour d’appel substituent à tort leur appréciation de la preuve à celle de la juge de première instance. Ils concluent que cette dernière se fonde sur [TRADUCTION] « des preuves anecdotiques [. . .] éclairées par son propre bon sens » (par. 311) pour conclure que la communication des intéressés est essentielle à la sécurité accrue des prostituées. Leur erreur est imputable à celle, mentionnée précédemment, de déférer trop peu aux conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs. Au nom des juges minoritaires, le juge MacPherson rétorque à juste titre que la preuve sur ce point est constituée à la fois de témoignages de prostituées et de témoignages d’experts, et qu’elle étaye solidement la conclusion tirée en première instance (par. 348-350).

[155] Deuxièmement, les juges majoritaires font fi des conséquences que la disposition a eues sur les prostituées en les faisant migrer vers des lieux isolés et moins sûrs. La juge de première instance met cette migration en évidence (par. 331) et cite les éléments de preuve tirés du rapport du Sous-comité de l’examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes (*Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada* (2006)) sur les effets de l’application de

conclude that face-to-face communication enhances safety may be explained in part by their failure to consider the impact of the provision on displacement.

[156] Related to this is the uncontested fact that the communication ban prevents street workers from bargaining for conditions that would materially reduce their risk, such as condom use and the use of safe houses.

[157] Finally, the majority of the Court of Appeal majority, in rejecting the application judge's conclusions, relied on its own speculative assessment of the impact of s. 213(1)(c):

While it is fair to say that a street prostitute might be able to avoid a "bad date" by negotiating details such as payment, services to be performed and condom use up front, it is equally likely that the customer could pass muster at an early stage, only to turn violent once the transaction is underway. It is also possible that the prostitute may proceed even in the face of perceived danger, either because her judgment is impaired by drugs or alcohol, or because she is so desperate for money that she feels compelled to take the risk. [para. 312]

[158] It is certainly conceivable, as this passage suggests, that some street prostitutes would not refuse a client even if communication revealed potential danger. It is also conceivable that the danger may not be perfectly predicted in advance. However, that does not negate the application judge's finding that communication is an essential tool that can decrease risk. The assessment is qualitative, not quantitative. If screening could have prevented one woman from jumping into Robert Pickton's car, the severity of the harmful effects is established.

[159] In sum, the Court of Appeal wrongly attributed errors in reasoning to the application judge and made a number of errors in considering gross disproportionality. I would restore the application

l'al. 213(1)c). La conclusion des juges majoritaires suivant laquelle la juge ne disposait pas d'éléments suffisants pour conclure que la communication entre les intéressés accroît la sécurité des prostituées peut s'expliquer en partie par leur omission de tenir compte de l'effet de la disposition sur la migration des prostituées.

[156] À cela s'ajoute le fait incontesté que l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution empêche les prostituées de la rue de négocier des conditions susceptibles de réduire sensiblement le risque auquel elles s'exposent, telle l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr.

[157] Enfin, les juges majoritaires de la Cour d'appel s'appuient sur leur propre appréciation spéculative des répercussions de l'al. 213(1)c) pour écarter les conclusions tirées en première instance :

[TRADUCTION] Bien qu'il soit juste de dire qu'une prostituée de la rue pourrait éviter les incidents malheureux en négociant à l'avance des modalités comme le paiement, les services à rendre et l'utilisation d'un condom, il est également possible que le client jugé acceptable à ce stade préalable devienne ensuite violent lorsque la prestation est en cours. Il est également possible que la prostituée décide d'aller de l'avant malgré le danger pressenti, soit parce que son jugement est altéré par la drogue ou l'alcool, soit parce qu'elle a tellement besoin d'argent qu'elle se sent obligée de courir le risque. [par. 312]

[158] Même si on peut assurément concevoir, comme l'indique cet extrait, qu'une prostituée de la rue ne refuse pas un client même lorsque la communication révèle l'existence d'un risque, il est également concevable que le risque ne puisse être totalement prévisible. Pour autant, la conclusion de la juge selon laquelle la communication entre les intéressés est essentielle à la réduction du risque demeure valable. L'appréciation est qualitative, non quantitative. À supposer que l'évaluation préalable ait pu empêcher une seule femme de monter à bord de la voiture de Robert Pickton, la gravité des effets préjudiciables est démontrée.

[159] En somme, la Cour d'appel relève à tort des erreurs dans le raisonnement de la juge de première instance et elle en commet plusieurs au chapitre de la proportionnalité. Je suis d'avis de rétablir la

judge's conclusion that s. 213(1)(c) is grossly disproportionate. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

C. *Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(b) of the Charter?*

[160] Having concluded that the impugned laws violate s. 7, it is unnecessary to consider this question.

D. *Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

[161] The appellant Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1 of the *Charter*. Only the Attorney General of Canada addressed this in his factum, and then, only briefly. I therefore find it unnecessary to engage in a full s. 1 analysis for each of the impugned provisions. However, some of their arguments under s. 7 of the *Charter* are properly addressed at this stage of the analysis.

[162] In particular, the Attorneys General attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships, which can be difficult to identify. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships.

conclusion de la juge selon laquelle l'al. 213(1)(c) est totalement disproportionné. L'effet préjudiciable de cette disposition sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

C. *Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la Charte?*

[160] Comme je conclus que les dispositions contestées violent le droit garanti à l'art. 7, point n'est besoin de se prononcer à cet égard.

D. *Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la Charte?*

[161] Les procureurs généraux appelants ne prétendent pas sérieusement que si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Seul le procureur général du Canada aborde le sujet dans son mémoire, et ce, brièvement. Il m'apparaît donc inutile de me livrer à une analyse exhaustive au regard de l'article premier pour chacune des dispositions attaquées. Par contre, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 de la *Charte* sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse.

[162] En particulier, les procureurs généraux tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation, lesquelles peuvent être difficiles à cerner. Or, la disposition vise non seulement le chauffeur ou le garde du corps, qui peut être en fait un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur l'effet préjudiciable qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie.

[163] The Attorneys General have not raised any other arguments distinct from those considered under s. 7. I therefore find that the impugned laws are not saved by s. 1 of the *Charter*.

V. Result and Remedy

[164] I would dismiss the appeals and allow the cross-appeal. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(j) and 213(1)(c) are declared to be inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and hence are void. The word “prostitution” is struck from the definition of “common bawdy-house” in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only.

[165] I have concluded that each of the challenged provisions, considered independently, suffers from constitutional infirmities that violate the *Charter*. That does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted. Prohibitions on keeping a bawdy-house, living on the avails of prostitution and communication related to prostitution are intertwined. They impact on each other. Greater latitude in one measure — for example, permitting prostitutes to obtain the assistance of security personnel — might impact on the constitutionality of another measure — for example, forbidding the nuisances associated with keeping a bawdy-house. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime.

[166] This raises the question of whether the declaration of invalidity should be suspended and if so, for how long.

[167] On the one hand, immediate invalidity would leave prostitution totally unregulated while Parliament grapples with the complex and sensitive problem of how to deal with it. How prostitution is regulated is a matter of great public concern, and few countries leave it entirely unregulated.

[163] Les procureurs généraux n’invoquent pas d’éléments distincts de ceux examinés au regard de l’art. 7. Je conclus donc que les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l’article premier de la *Charte*.

V. Dispositif et réparation

[164] Je suis d’avis de rejeter les pourvois et d’accueillir le pourvoi incident. L’article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)(j) et 213(1)(c) sont déclarés incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont par conséquent invalidés. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l’art. 210 uniquement.

[165] Je conclus que, considérée isolément, chacune des dispositions contestées comporte des failles constitutionnelles qui portent atteinte à la *Charte*. Il ne s’ensuit pas que le législateur ne peut décider des lieux et des modalités de la prostitution. L’interdiction de tenir une maison de débauche, celle de s’adonner au proxénétisme et celle de communiquer aux fins de prostitution s’entremêlent. Chacune a une incidence sur l’autre. Atténuer l’une d’elles — par exemple en permettant aux prostituées de retenir les services de préposés à leur sécurité — peut influencer sur la constitutionnalité de l’autre, comme celle des nuisances associées à la tenue d’une maison de débauche. L’encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s’il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel.

[166] La question se pose alors de savoir s’il doit y avoir invalidation avec effet suspensif et, dans l’affirmative, quelle doit être la durée de cet effet.

[167] L’invalidité avec effet immédiat ferait en sorte que la prostitution échappe à toute réglementation le temps que le législateur trouve une solution au problème épineux et délicat de l’encadrement de la prostitution. La question revêt un intérêt public considérable, et peu de pays s’abstiennent de toute

Whether immediate invalidity would pose a danger to the public or imperil the rule of law (the factors for suspension referred to in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679) may be subject to debate. However, it is clear that moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians.

[168] On the other hand, leaving the prohibitions against bawdy-houses, living on the avails of prostitution and public communication for purposes of prostitution in place in their present form leaves prostitutes at increased risk for the time of the suspension — risks which violate their constitutional right to security of the person.

[169] The choice between suspending the declaration of invalidity and allowing it to take immediate effect is not an easy one. Neither alternative is without difficulty. However, considering all the interests at stake, I conclude that the declaration of invalidity should be suspended for one year.

Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society: Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay,

réglementation en la matière. Il peut y avoir controverse quant à savoir si l'invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (les facteurs favorables à la suspension invoqués dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Cependant, il est clair que passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens.

[168] Par contre, laisser s'appliquer dans leur forme actuelle l'interdiction des maisons de débauche, celle du proxénétisme et celle de la communication en public aux fins de prostitution exposerait les prostituées à un risque accru durant la suspension, un risque qui porte atteinte à leur droit constitutionnel à la sécurité de la personne.

[169] Il n'est pas facile de choisir entre l'invalidation avec effet suspensif ou immédiat. L'une et l'autre des mesures comportent des inconvénients. Toutefois, au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, je conclus à la nécessité de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Procureur de l'appellant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'appellant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimées/appellantes au pourvoi incident : Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society : Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver;

Vancouver; Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Evangelical Fellowship of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel and the Vancouver Rape Relief Society: University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Solicitors for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Solicitors for the intervener the Simone de Beauvoir Institute: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Alliance évangélique du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society : University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution: Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution : Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

**Cinar Corporation and Les Films
Cinar inc. Appellants**

v.

**Claude Robinson and Les Productions
Nilem inc. Respondents**

and

**France Animation S.A., Christophe Izard,
Ravensburger Film + TV GmbH,
RTV Family Entertainment AG,
Christian Davin, Ronald A. Weinberg,
Ronald A. Weinberg, in his capacity
as sole liquidator of the succession
of the late Micheline Charest,
BBC Worldwide Television,
Theresa Plummer-Andrews,
Hélène Charest, McRaw Holdings Inc.,
Videal Gesellschaft Zur Hertellung
Von Audiovisuellen Produkten MHB,
3918203 Canada Inc. and
Music Canada Intervenors**

- and -

**Ronald A. Weinberg and Ronald A.
Weinberg, in his capacity as sole
liquidator of the succession of the late
Micheline Charest Appellants**

v.

**Claude Robinson and Les Productions
Nilem inc. Respondents**

and

**Christophe Izard, France Animation S.A.,
Ravensburger Film + TV GmbH,
RTV Family Entertainment AG,
Cinar Corporation, Les Films Cinar inc.,
Christian Davin, BBC Worldwide Television,
Theresa Plummer-Andrews,**

**Cinar Corporation et Les Films
Cinar inc. Appelantes**

c.

**Claude Robinson et Les Productions
Nilem inc. Intimés**

et

**France Animation S.A., Christophe Izard,
Ravensburger Film + TV GmbH,
RTV Family Entertainment AG,
Christian Davin, Ronald A. Weinberg,
Ronald A. Weinberg, ès qualités
d'unique liquidateur de la succession
de feu Micheline Charest,
BBC Worldwide Television,
Theresa Plummer-Andrews,
Hélène Charest, McRaw Holdings Inc.,
Videal Gesellschaft Zur Hertellung
Von Audiovisuellen Produkten MHB,
3918203 Canada Inc. et
Music Canada Intervenants**

- et -

**Ronald A. Weinberg et Ronald A.
Weinberg, ès qualités d'unique
liquidateur de la succession de feu
Micheline Charest Appelants**

c.

**Claude Robinson et Les Productions
Nilem inc. Intimés**

et

**Christophe Izard, France Animation S.A.,
Ravensburger Film + TV GmbH,
RTV Family Entertainment AG,
Cinar Corporation, Les Films Cinar inc.,
Christian Davin, BBC Worldwide Television,
Theresa Plummer-Andrews,**

**Hélène Charest, McRaw Holdings Inc.,
Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von
Audiovisuellen Produkten MHB,
3918203 Canada Inc. and
Music Canada** *Intervenens*

- and -

**Christophe Izard,
France Animation S.A.,
Ravensburger Film + TV GmbH and
RTV Family Entertainment AG** *Appellants*

v.

**Claude Robinson and Les Productions
Nilem inc.** *Respondents*

and

**Les Films Cinar inc., Cinar Corporation,
Ronald A. Weinberg,
Ronald A. Weinberg, in his capacity
as sole liquidator of the succession of
the late Micheline Charest and
Music Canada** *Intervenens*

- and -

**Claude Robinson and Les Productions
Nilem inc.** *Appellants*

v.

**France Animation S.A.,
Ravensburger Film + TV GmbH,
Videal Gesellschaft Zur Hertellung
Von Audiovisuellen Produkten MHB,
RTV Family Entertainment AG,
Christian Davin, Christophe Izard,
Les Films Cinar inc., Cinar Corporation,
3918203 Canada Inc.,
Ronald A. Weinberg and Ronald A.
Weinberg, in his capacity as sole
liquidator of the succession of the late
Micheline Charest** *Respondents*

**Hélène Charest, McRaw Holdings Inc.,
Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von
Audiovisuellen Produkten MHB,
3918203 Canada Inc. et
Music Canada** *Intervenants*

- et -

**Christophe Izard,
France Animation S.A.,
Ravensburger Film + TV GmbH et
RTV Family Entertainment AG** *Appellants*

c.

**Claude Robinson et Les Productions
Nilem inc.** *Intimés*

et

**Les Films Cinar inc., Cinar Corporation,
Ronald A. Weinberg,
Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique
liquidateur de la succession de feu Micheline
Charest et Music Canada** *Intervenants*

- et -

**Claude Robinson et Les Productions
Nilem inc.** *Appellants*

c.

**France Animation S.A.,
Ravensburger Film + TV GmbH,
Videal Gesellschaft Zur Hertellung
Von Audiovisuellen Produkten MHB,
RTV Family Entertainment AG,
Christian Davin, Christophe Izard,
Les Films Cinar inc., Cinar Corporation,
3918203 Canada Inc.,
Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg,
ès qualités d'unique liquidateur de la
succession de feu Micheline Charest** *Intimés*

and

Music Canada *Intervener***INDEXED AS: CINAR CORPORATION v. ROBINSON****2013 SCC 73**

File Nos.: 34466, 34467, 34468, 34469.

2013: February 13; 2013: December 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Intellectual property — Copyright — Infringement — Reproduction of a substantial part of an original work — Whether trial judge failed to follow correct approach in assessing whether a “substantial part” of a work was reproduced — Whether trial judge failed to give sufficient weight to differences between works at issue — Whether trial judge erred in finding that features of original work are protected by the Copyright Act — Whether trial judge erred by relying on inadmissible expert evidence.

Intellectual property — Copyright — Infringement — Damages — Quantum — Disgorgement of profits — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge’s assessment of profits — Whether liability for disgorgement of profits may be imposed on a solidary basis — Whether Andrews trilogy cap applies to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge’s assessment of punitive damages — Whether punitive damages may be awarded on a solidary basis — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 35 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

R spent years developing an educational children’s television show, “The Adventures of Robinson Curiosity” (“Curiosity”). R drew his inspiration from Daniel Defoe’s novel *Robinson Crusoe*, as well as from his own life experiences. He developed characters, drew detailed sketches and storyboards, wrote scripts and synopses,

et

Music Canada *Intervenante***RÉPERTORIÉ : CINAR CORPORATION c. ROBINSON****2013 CSC 73**N^{os} du greffe : 34466, 34467, 34468, 34469.

2013 : 13 février; 2013 : 23 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Violation — Reproduction d’une partie importante d’une œuvre originale — Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d’une œuvre avait été reproduite? — Le juge de première instance a-t-il omis d’accorder suffisamment de poids aux différences entre les œuvres en cause? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de l’œuvre originale sont protégés par la Loi sur le droit d’auteur? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d’expert inadmissible?

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Violation — Dommages-intérêts — Quantum — Restitution des profits — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l’évaluation des profits faite par le juge de première instance? — La responsabilité quant à la restitution des profits peut-elle être solidaire? — Le plafond fixé dans la trilogie Andrews s’applique-t-il aux dommages-intérêts non pécuniaires ne découlant pas d’un préjudice corporel? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance? — Des dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être octroyés sur une base solidaire? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 35 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

R a passé des années à créer une série télévisée éducative pour enfants, *Les aventures de Robinson Curiosity* (« Curiosity »). Pour ce faire, il s’est inspiré du roman *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, ainsi que de son propre vécu. Il a créé des personnages, dessiné des croquis détaillés, élaboré des *story-boards*, écrit des scénarios

and designed promotional materials for his *Curiosity* project.

From 1985 to 1987, R and his company, Les Productions Nilem inc. (“Nilem”), undertook various initiatives to get the *Curiosity* project developed. In so doing, R gave a copy of his *Curiosity* work to W and C, who were directors and officers of Cinar Corporation (“Cinar”). During this same period, a presentation on *Curiosity* was given to I, a French creator of children’s television shows. Despite the various efforts undertaken by R and his partners, the project failed to attract investors and stalled.

R shelved his project, but did not forget about it. On September 8, 1995, R watched on television the first episode of a new children’s television show, “Robinson Sucroë” (“*Sucroë*”). He was stunned to see that *Sucroë*, as he perceived it, was a blatant copy of *Curiosity*. R subsequently discovered that several parties who had been given access to his *Curiosity* project, namely Cinar, W, C and I, were also involved in the production of *Sucroë*.

R and Nilem commenced an action for copyright infringement against Cinar, W, C, and I, and various coproducers and distributors of *Sucroë*.

The trial judge concluded that R’s *Curiosity* was an original work protected by copyright, that the creators of *Sucroë* had copied *Curiosity*, and that the features reproduced in *Sucroë* represented a substantial part of *Curiosity*. He found that Cinar, W, C, I, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG (collectively the “Cinar appellants”) were liable for infringement of copyright. He also held D, the chief executive officer of France Animation at the relevant time, personally liable for the infringement. Finally, the trial judge found that Cinar, W, and C were extra-contractually liable towards R and Nilem for having violated their obligations of good faith and of loyalty.

The trial judge awarded damages on a solidary basis (the equivalent of “joint and several” liability in the common law) and costs in the amount of \$5,224,293: \$607,489 in compensatory damages for R’s pecuniary losses stemming from the infringement; \$1,716,804 to disgorge the profits earned as a result of the infringement; \$400,000 for the psychological harm suffered by R; \$1,000,000 in punitive damages; and \$1,500,000 for costs on a solicitor-client basis.

ainsi que des synopsis et conçu du matériel promotionnel pour son projet *Curiosité*.

De 1985 à 1987, R et son entreprise, Les Productions Nilem inc. (« Nilem »), ont entrepris plusieurs démarches dans le but de faire avancer le projet *Curiosité*. Ce faisant, R a donné une copie de l’œuvre *Curiosité* aux administrateurs et dirigeants de Corporation Cinar (« Cinar »), W et C. Pendant la même période, une présentation du projet *Curiosité* a été faite à I, un créateur français de séries télévisées pour enfants. Malgré les efforts de R et de ses partenaires, le projet n’a pas attiré d’investisseurs et a stagné.

R a mis son projet de côté, sans pour autant l’oublier. Le 8 septembre 1995, il a regardé à la télévision le premier épisode d’une nouvelle série pour enfants : *Robinson Sucroë* (« *Sucroë* »). Il a constaté avec stupéfaction que *Sucroë* était, à ses yeux, manifestement une copie de *Curiosité*. R a par la suite appris que plusieurs parties ayant eu accès au projet *Curiosité*, à savoir Cinar, W, C et I, avaient aussi participé à la production de *Sucroë*.

R et Nilem ont intenté une action pour violation du droit d’auteur contre Cinar, W, C et I de même que contre plusieurs coproducteurs et distributeurs de *Sucroë*.

Le juge de première instance a conclu que l’œuvre *Curiosité* de R était une œuvre originale protégée par le droit d’auteur, que les créateurs de *Sucroë* avaient copié *Curiosité* et que les caractéristiques reprises dans *Sucroë* constituaient une partie importante de *Curiosité*. Il a jugé que Cinar, W, C, I, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG (désignés collectivement les « appelants Cinar ») étaient responsables pour la violation du droit d’auteur. Il a également tenu D, le président-directeur général de France Animation à l’époque pertinente, personnellement responsable de la violation. Enfin, le juge de première instance a conclu que Cinar, W et C étaient responsables sur le plan extracontractuel, envers R et Nilem, du manquement à leurs obligations de bonne foi et de loyauté.

Le juge de première instance a condamné les défendeurs à payer 5 224 293 \$ solidairement à titre de dommages-intérêts et d’honoraires extrajudiciaires. De ce montant, 607 489 \$ ont été octroyés à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par R par suite de la violation du droit d’auteur, 1 716 804 \$ pour la restitution des profits générés par suite de la contrefaçon, 400 000 \$ pour le préjudice psychologique subi par R, 1 000 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs et 1 500 000 \$ à titre d’honoraires extrajudiciaires.

The Court of Appeal upheld the trial judge's findings on infringement. It confirmed the trial judge's findings of personal liability for copyright infringement, except for D, against whom the evidence was insufficient in its view.

The Court of Appeal also upheld the trial judge's award of compensatory damages for R's pecuniary losses, subject to a minor mathematical correction. It rejected the trial judge's order for disgorgement of profits against W, C and I because those profits were retained by corporations. It also ordered disgorgement on a joint basis (the equivalent of "several" liability in the common law) rather than solidarily. In addition, the Court of Appeal excluded amounts incorrectly included by the trial judge in the calculation of profits, reducing the amount to be disgorged.

The Court of Appeal held that the cap established in the *Andrews* trilogy was applicable to the award for psychological suffering and reduced the award to \$121,350, which represents 50 percent of the cap's value at the date of the summons.

In addition, the Court of Appeal reduced the award for punitive damages from \$1,000,000 to \$250,000, on the ground that punitive damages in Quebec must be moderate, and held that they could not be awarded on a solidary basis. It held Cinar liable for \$100,000 in punitive damages, and each of W, C and I liable for \$50,000. It also affirmed the trial judge's award of \$1,500,000 for costs on a solicitor-client basis, but declined to award additional costs on a solicitor-client basis for the appeal.

Four appeals have been brought from the Court of Appeal's judgment (in files 34466, 34467, 34468, and 34469). The Cinar appellants appeal the finding of liability for infringement (in files 34466, 34467 and 34468). R and Nilem appeal the reduction in damages and disgorgement of profits ordered by the Court of Appeal (in file 34469).

Held: The appeals in files 34466, 34467 and 34468 should be dismissed, and the appeal in file 34469 should be allowed in part.

The need to strike an appropriate balance between giving protection to the skill and judgment exercised by authors in the expression of their ideas, on the one hand, and leaving ideas and elements from the public

La Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la violation du droit d'auteur. Elle a également confirmé ses conclusions sur la responsabilité personnelle à l'égard de la violation du droit d'auteur, sauf en ce qui concerne D, contre qui, à son avis, la preuve était insuffisante.

La Cour d'appel a confirmé l'octroi par le juge de première instance de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par R, sous réserve d'une correction mathématique mineure. Elle a rejeté l'ordonnance du juge de première instance selon laquelle W, C et I étaient tenus de restituer les profits parce que ce sont des sociétés qui les avaient réalisés, et elle a ordonné la restitution des profits en question sur une base conjointe plutôt que solidaire. La Cour d'appel a aussi exclu des sommes qui avaient été incluses à tort par le juge de première instance dans le calcul des profits, réduisant ainsi le montant des profits à restituer.

La Cour d'appel a conclu que le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* s'appliquait à l'octroi de dommages-intérêts pour le préjudice psychologique subi et a réduit ces derniers à 121 350 \$, ce qui représente 50 p. 100 du plafond à la date de l'assignation.

En outre, la Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs de 1 000 000 \$ à 250 000 \$ au motif que les dommages-intérêts punitifs au Québec doivent être octroyés avec modération. Elle a conclu que ces dommages-intérêts ne pouvaient être octroyés sur une base solidaire. Enfin, elle a condamné Cinar à verser 100 000 \$ en dommages-intérêts punitifs, puis W, C et I à en verser 50 000 \$ chacun. Elle a aussi confirmé la décision du juge de première instance d'accorder 1 500 000 \$ en honoraires extrajudiciaires, mais a refusé d'en accorder pour l'appel.

Quatre appels ont été interjetés contre la décision de la Cour d'appel (dans les dossiers 34466, 34467, 34468 et 34469). Les appelants Cinar contestent la conclusion de responsabilité pour la violation du droit d'auteur (dans les dossiers 34466, 34467 et 34468). R et Nilem interjetent appel de la décision de la Cour d'appel quant à la réduction des dommages-intérêts et la restitution des profits (dans le dossier 34469).

Arrêt : Les pourvois interjetés dans les dossiers 34466, 34467 et 34468 sont rejetés, et le pourvoi dans le dossier 34469 est accueilli en partie.

La nécessité d'établir un juste équilibre entre, d'une part, la protection du talent et du jugement qu'ont exercés les auteurs dans l'expression de leurs idées et, d'autre part, le fait de laisser des idées et des éléments relever

domain free for all to draw upon, on the other, forms the background against which the arguments of the parties must be considered.

In the present case, the trial judge found that the Cinar appellants copied a number of features from R's *Curiosity* and that, considered as a whole, the copied features constituted a substantial part of R's work. The Cinar appellants argue that instead of applying a holistic approach, the trial judge should have applied a three-step approach requiring him to (1) determine what elements of *Curiosity* were original, within the meaning of the *Copyright Act*; (2) exclude non-protectable features of R's work (such as ideas, elements drawn from the public domain, and generic elements commonplace in children's television shows); and (3) compare what remains of *Curiosity* after this "weeding-out" process to *Sucroë*, and determine whether a substantial part of *Curiosity* was reproduced.

As a general matter, it is important to not conduct the substantiality analysis by dealing with the copied features piecemeal. The approach proposed by the Cinar appellants would risk dissecting R's work into its component parts. The "abstraction" of R's work to the essence of what makes it original and the exclusion of non-protectable elements *at the outset of the analysis* would prevent a truly holistic assessment. This approach focuses unduly on whether each of the parts of R's work is *individually* original and protected by copyright law. Rather, the cumulative effect of the features copied from the work must be considered, to determine whether those features amount to a substantial part of R's skill and judgment expressed in his work as a whole. The trial judge accordingly did not err by failing to follow the three-step approach advocated by the Cinar appellants.

Likewise, the trial judge did not err by engaging in a qualitative and holistic assessment of the similarities between the works, which took into account the relevant similarities and differences between the works. The question of whether there has been substantial copying focuses on whether the copied features constitute a substantial part *of the plaintiff's work* — not whether they amount to a substantial part *of the defendant's work*. The alteration of copied features or their integration into a work that is notably different from the plaintiff's work

du domaine public afin que tous puissent s'en inspirer forme le contexte en fonction duquel il faut examiner les arguments des parties.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que les appelants Cinar avaient reproduit un certain nombre de caractéristiques de l'œuvre *Curiosité* de R, et que, prises dans leur ensemble, les caractéristiques reproduites constituaient une partie importante de l'œuvre de R. Les appelants Cinar prétendent qu'au lieu d'employer une démarche globale, le juge aurait dû adopter une démarche en trois étapes l'obligeant (1) à déterminer quels éléments de *Curiosité* sont « originaux », au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*; (2) à exclure les caractéristiques de l'œuvre de R qui ne peuvent être protégées (comme les idées, les éléments qui relèvent du domaine public et les éléments génériques qui se retrouvent couramment dans les séries télévisées pour enfants); et (3) à comparer *Sucroë* avec ce qui serait resté de *Curiosité* après ce processus d'élimination puis à juger si une partie importante de cette dernière avait été reproduite.

En général, il importe de ne pas analyser l'importance des caractéristiques reproduites en les examinant chacune isolément. Si elle était retenue, l'approche proposée par les appelants Cinar risquerait de mener à la dissection de l'œuvre de R en ses éléments constitutifs. L'« abstraction » qui consisterait à réduire l'œuvre de R à l'essence même de ce qui la rend originale et l'exclusion des éléments non susceptibles d'être protégés *dès le début de l'analyse* aurait pour effet d'empêcher le juge d'effectuer une évaluation réellement globale. Cette approche mettrait indûment l'accent sur la question de savoir si chacune des parties de l'œuvre de R, prise *individuellement*, est originale et protégée par la législation sur le droit d'auteur. Il faut plutôt examiner l'effet cumulatif des caractéristiques reproduites de l'œuvre afin de décider si elles constituent une partie importante du talent et du jugement dont a fait preuve R dans l'ensemble de son œuvre. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en omettant de suivre la démarche en trois étapes préconisée par les appelants Cinar.

De même, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en procédant à une évaluation qualitative et globale des similitudes entre les œuvres en tenant compte des ressemblances et des différences pertinentes. Pour décider si une partie importante de l'œuvre a été reproduite, il faut s'attacher à déterminer si les caractéristiques reprises constituent une partie importante *de l'œuvre du demandeur*, et non *de celle du défendeur*. Le fait de modifier certaines caractéristiques reproduites ou de les intégrer dans une œuvre qui est considérablement

does not necessarily preclude a claim that a substantial part of a work has been copied.

In essence, the aspects of the trial judge's reasons that the Cinar appellants take issue with are findings of mixed fact and law. They invite this Court to embark on a fresh assessment of the features copied from *Curiosity*. However, they have failed to demonstrate palpable or overriding errors in the trial judge's findings on substantiality.

The Cinar appellants further argue that the trial judge based the bulk of his findings on the issue of substantial copying on inadmissible expert evidence. For expert evidence to be admitted at trial, it must (a) be relevant; (b) be necessary to assist the trier of fact; (c) not offend any exclusionary rule; and (d) involve a properly qualified expert. These criteria apply to trials for copyright infringement, as they do in other intellectual property cases.

The Cinar appellants argue that the second criterion — necessity of the evidence — is not met in the case at hand. The expert evidence was not necessary to assist the court, they say, because the question of whether a substantial part has been copied must be assessed from the perspective of the lay person in the intended audience for the works at issue.

The perspective of the lay person in the intended audience for the works at issue is a useful one. It has the merit of keeping the analysis of similarities concrete and grounded in the works themselves, rather than in esoteric theories about the works. However, the question always remains whether a substantial part of the plaintiff's work was copied. This question should be answered from the perspective of a person whose senses and knowledge allow him or her to fully assess and appreciate all relevant aspects — patent and latent — of the works at issue. In some cases, it may be necessary to go beyond the perspective of a lay person in the intended audience for the work, and to call upon an expert to place the trial judge in the shoes of someone reasonably versed in the relevant art or technology. In the present case, the necessity criterion of the test for the admissibility of expert evidence is satisfied.

différente de celle du demandeur n'a pas nécessairement pour effet d'écarter la prétention selon laquelle une partie importante d'une œuvre a été reproduite.

En fait, les appelants Cinar contestent essentiellement des conclusions mixtes de fait et de droit que le juge de première instance a tirées dans ses motifs. Ils invitent la Cour à procéder à une nouvelle évaluation des caractéristiques reproduites de *Curiosité*. Cependant, ils n'ont pas prouvé que les conclusions du juge de première instance relatives à l'importance de la partie reproduite de l'œuvre sont entachées d'erreurs manifestes ou dominantes.

Les appelants Cinar soutiennent également que le juge de première instance a fondé la majeure partie de ses conclusions relatives à la reproduction d'une partie importante de l'œuvre sur le témoignage inadmissible d'un expert. Pour que la preuve d'expert soit admise au procès, elle doit a) être pertinente; b) se révéler nécessaire pour aider le juge des faits; c) ne pas contrevenir à une règle d'exclusion; et d) être présentée par un expert suffisamment qualifié. Ces critères s'appliquent tant aux procès pour violation du droit d'auteur qu'aux autres affaires de propriété intellectuelle.

Les appelants Cinar soutiennent que, en l'espèce, il n'a pas été satisfait au deuxième critère — la nécessité de la preuve. Selon eux, la preuve d'expert n'était pas nécessaire pour aider la cour parce que la question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été reproduite doit être évaluée du point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question.

Il est utile de connaître le point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question. La connaissance de ce point de vue présente un avantage, soit que l'analyse des similitudes demeure concrète et fondée sur les œuvres elles-mêmes plutôt que sur des théories ésotériques à propos des œuvres. Cependant, la question reste celle de savoir si une partie importante de l'œuvre du demandeur a été reproduite et il faut répondre à cette question du point de vue d'une personne dont le jugement et les connaissances lui permettent d'évaluer et d'apprécier pleinement tous les aspects pertinents — apparents ou latents — des œuvres en question. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas s'en tenir au point de vue d'un profane faisant partie de l'auditoire visé par l'œuvre et de demander à un expert d'éclairer le juge de première instance de manière à ce que celui-ci soit en mesure de poser sur les œuvres le regard d'une personne raisonnablement versée dans l'art ou la technologie en cause. En l'espèce, il a été satisfait au critère de nécessité du test applicable pour juger de l'admissibilité d'un témoignage d'expert.

With respect to damages, R and Nilem seek *inter alia* to have the trial judge's entire award of profits reinstated. Regarding profits from the *Sucroë* soundtrack, they argue that there is a causal link between the infringement and the profits derived from the soundtrack and that the trial judge therefore correctly included them as part of his award of profits. The apportionment of profits between infringing and non-infringing components of a work is essentially a factual determination which is subject to judicial discretion. An appellate court may only disturb the trial judge's findings on apportionment if there are errors of law or palpable and overriding errors of fact. The trial judge did not make a reviewable error in concluding that it was inappropriate to apportion profits to the soundtrack as a non-infringing component of the work. The Court of Appeal accordingly erred by interfering with the trial judge's conclusion in this regard.

As for the trial judge's characterization of the payment from Ravensburger Film + TV GmbH to France Animation S.A. as revenue, there is agreement with the Court of Appeal that this characterization constitutes a palpable and overriding error and that this amount should be removed from the revenues taken into account when calculating the profits generated by *Sucroë*. However, in connection with the characterization of the payment due by Cinar to a partnership called Jaffa Road as revenue, the trial judge did not err in this regard and this amount should not be deducted as an expense when calculating the profits from *Sucroë*.

On the issue of liability for disgorgement of profits under the *Copyright Act*, the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge erred in ordering disgorgement against all infringers on a solidary basis. Section 35 of the *Copyright Act* provides a dual remedy for copyright infringement: damages for the plaintiff's losses and disgorgement of the profits retained by the defendant. The latter is not intended to compensate the plaintiff and is not subject to the principles that govern general damages awarded under Quebec's law of extra-contractual liability, whose aim is compensatory. Disgorgement under s. 35 of the *Copyright Act* goes no further than is necessary to prevent each individual defendant from retaining a wrongful gain. Defendants cannot be held liable for the gains of co-defendants by imposing liability for disgorgement on a solidary basis. For the same reasons, W, C, and I are not personally liable to disgorge profits.

En ce qui concerne les dommages-intérêts, R et Nilem demandent notamment le rétablissement de la restitution des profits ordonnée par le juge de première instance. Relativement aux profits provenant de la trame sonore de *Sucroë*, ils prétendent qu'il existe un lien de causalité entre la contrefaçon et ces profits, et que le juge de première instance a donc inclus ceux-ci à bon droit dans la restitution accordée. La répartition des profits entre les composantes d'une œuvre qui violent le droit d'auteur et celles qui ne le violent pas est essentiellement une décision factuelle qui relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. La cour d'appel ne peut modifier les conclusions du juge de première instance sur la répartition des profits que si ce dernier a commis une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante. Le juge de première instance n'a pas commis une erreur susceptible de révision en concluant qu'il était inopportun de répartir les profits attribuables à la trame sonore en considérant celle-ci comme une composante de l'œuvre ne violant pas le droit d'auteur. La Cour d'appel a donc commis une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance à cet égard.

Quant au fait que le juge de première instance a qualifié de revenu la somme versée par Ravensburger Film + TV GmbH à France Animation S.A., la Cour d'appel a eu raison d'affirmer qu'il s'agit là d'une erreur manifeste et dominante et que cette somme devrait être soustraite des revenus pris en considération dans le calcul des profits générés par *Sucroë*. Toutefois, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en qualifiant de revenu la somme due par Cinar à une société de personnes nommée Jaffa Road, et il n'y a pas lieu de soustraire cette somme à titre de dépense du calcul des profits provenant de *Sucroë*.

S'agissant de la responsabilité relativement à la restitution des profits sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge de première instance avait commis une erreur en condamnant tous les contrefacteurs à restituer solidairement les profits. L'article 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* offre deux remèdes pour la violation du droit d'auteur : des dommages-intérêts pour les pertes subies par le demandeur et la restitution des profits réalisés par le défendeur. La raison d'être de cette restitution n'est pas d'indemniser le demandeur et elle n'est pas assujettie aux principes qui régissent les dommages-intérêts généraux octroyés en vertu du droit québécois de la responsabilité extracontractuelle, qui visent un but compensatoire. La restitution des profits prévue à l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* se limite à ce qui est nécessaire pour empêcher chaque défendeur de conserver des

In addition, the Court of Appeal's apportionment with respect to the disgorgement of profits should be maintained.

In connection with non-pecuniary damages, and in particular whether the *Andrews* trilogy cap should be applied in the present case, the scope of application of the cap beyond non-pecuniary damages stemming from bodily injury should not be extended. Furthermore, R's non-pecuniary damages cannot be characterized as stemming from bodily injury, within the meaning of art. 1607 of the *Civil Code of Québec*. It is more appropriate to characterize R's psychological suffering as a non-pecuniary damage stemming from *material* injury. Indeed, the infringement of copyright was a breach of R's property rights. It is the initial breach, rather than the consequences flowing from that breach, which serves to characterize the type of injury suffered. The Court of Appeal accordingly erred in applying the *Andrews* trilogy cap in the present case.

In terms of assessing quantum for this injury, there is agreement with the trial judge that R's non-pecuniary damages are analogous to those claimed by a victim of defamation. The trial judge had the advantage of observing R in court over a long period of time and was well placed to conduct a personalized evaluation of his non-pecuniary damages. He made no palpable and overriding error in his assessment of R's non-pecuniary damages.

As regards punitive damages, they cannot be awarded on a solidary basis. This Court has recognized that the punitive damages regime under the *Charter* is autonomous from the extra-contractual civil liability regime established under the *Civil Code of Québec*. Article 1526 of the *Civil Code of Québec* applies to extra-contractual fault causing injury and cannot ground the solidarity of punitive damages awarded under the *Charter*. Furthermore, awarding punitive damages on a solidary basis would be inconsistent with the principles set forth in art. 1621 of the *Civil Code of Québec*, which expressly requires that the objectives of punitive damages — prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation of acts that are particularly reprehensible in

gains illicites. On ne saurait donc tenir un défendeur responsable des gains des codéfendeurs en lui imposant l'obligation de restituer solidairement les profits. Pour les mêmes raisons, W, C et I ne sont pas personnellement dans l'obligation de restituer les profits. En outre, il y a lieu de maintenir la répartition fixée par la Cour d'appel quant à la restitution des profits.

En ce qui concerne les dommages-intérêts non pécuniaires, et plus particulièrement la question de savoir s'il convient d'appliquer le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* en l'espèce, il est conclu qu'il n'y a pas lieu d'étendre l'application de ce plafond au-delà des dommages-intérêts non pécuniaires découlant d'un préjudice corporel. De plus, on ne peut pas dire que le préjudice non pécuniaire subi par R découle d'un préjudice corporel au sens de l'art. 1607 du *Code civil du Québec*. Il convient davantage de qualifier les souffrances psychologiques subies par R de préjudice non pécuniaire découlant d'un préjudice *matériel*. De fait, la violation du droit d'auteur constituait une violation des droits de propriété de R. C'est la violation initiale, plutôt que les conséquences de cette violation, qui sert de fondement pour décider du type de préjudice subi. La Cour d'appel a donc commis une erreur en appliquant le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour le préjudice subi en l'espèce, le juge de première instance a eu raison d'affirmer que le préjudice non pécuniaire de R est semblable à celui invoqué par une victime de diffamation. Le juge de première instance a eu l'occasion d'observer R en salle d'audience sur une longue période et il était bien placé pour procéder à une évaluation personnalisée de son préjudice non pécuniaire. Il n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation des dommages-intérêts non pécuniaires.

En ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs, ils ne peuvent être attribués sur une base solidaire. La Cour a reconnu l'autonomie du régime de dommages-intérêts punitifs de la *Charte* par rapport au régime de responsabilité civile extracontractuelle établi dans le *Code civil du Québec*. L'article 1526 du *Code civil du Québec* s'applique à la faute extracontractuelle qui entraîne un préjudice et ne peut servir de fondement à la solidarité des dommages-intérêts punitifs attribués en vertu de la *Charte*. De plus, l'attribution des dommages-intérêts sur une base solidaire serait incompatible avec les principes énoncés à l'art. 1621 du *Code civil du Québec*, qui impose expressément la prise en compte des objectifs des dommages-intérêts punitifs — la prévention,

the opinion of the justice system — be taken into account when awarding them. Both the objectives of punitive damages and the factors relevant to assessing them suggest that awards of punitive damages must be individually tailored to each defendant against whom they are ordered. This requirement of individualization militates against awarding punitive damages on a solidary basis.

In addition, the Court of Appeal was correct to reassess the quantum of punitive damages, although it did not give sufficient weight to the gravity of the conduct in this case. Indeed, Cinar, W, C, and I consistently and contemptuously denied having access to R's work, and disparaged R's claims that they had copied his work. The impact of this conduct on R was equally serious. It deprived him not only of a source of revenue, but also of his sense of proprietorship over a project that had deep personal significance for him. This said, punitive damages must be awarded with restraint. Article 1621 of the *Civil Code of Québec* expressly provides that the award of punitive damages “may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose”. An amount of \$500,000 reaches an appropriate balance between the overarching principle of restraint that governs these damages, on the one hand, and the need to deter conduct of this gravity, on the other. The Court of Appeal held Cinar liable for two-fifths of the amount of punitive damages, and each of W, C, and I liable for one-fifth, and this represents a reasonable apportionment in the circumstances.

Cases Cited

Distinguished: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; **referred to:** *Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] S.C.R. 218; *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. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465; *Designers Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2001] 1 All E.R.

la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation des actes qui sont particulièrement répréhensibles dans l'opinion de la justice. Les objectifs des dommages-intérêts punitifs et les facteurs pertinents pour les apprécier donnent à penser que ces dommages-intérêts doivent être adaptés à chaque défendeur condamné à les payer, ce qui milite contre leur attribution sur une base solidaire.

Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de réévaluer le montant des dommages-intérêts punitifs, mais elle n'a pas accordé suffisamment d'importance à la gravité du comportement en l'espèce. En effet, Cinar, W, C et I ont constamment nié avoir eu accès à l'œuvre de R et décrié avec mépris les allégations de R selon lesquelles ils avaient reproduit son œuvre. Les conséquences de ce comportement pour R sont tout aussi graves. Ce dernier a non seulement été privé d'une source de revenus, mais aussi de son sentiment de paternité et de contrôle sur un projet auquel il attribuait une valeur presque indicible. Cela dit, les dommages-intérêts punitifs doivent être accordés avec retenue. L'article 1621 du *Code civil du Québec* prévoit expressément que les dommages-intérêts punitifs « ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». Le montant de 500 000 \$ atteint un juste équilibre entre, d'une part, le principe de modération qui régit ces dommages-intérêts et, d'autre part, la nécessité de décourager un comportement de cette gravité. La Cour d'appel a condamné Cinar à payer les deux cinquièmes des dommages-intérêts punitifs, et W, C et I, à en payer un cinquième chacun, ce qui représente une répartition raisonnable dans les circonstances.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; **arrêts mentionnés :** *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] R.C.S. 218; *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. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465; *Designers Guild Ltd. c.*

700; *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (1930); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Baigent v. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24; *Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339; *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (1992); *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. v. Favreau* (1999), 177 D.L.R. (4th) 568, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xi; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242, aff'd (1993), 53 C.P.R. (3d) 407; *Arbique v. Gabriele*, [1998] J.Q. n° 3794 (QL), aff'd 2003 CanLII 16298; *Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (1939); *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Landry v. Audet*, 2011 QCCA 535 (CanLII), leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. v; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. v. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872; *Société Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.*, [2002] R.J.Q. 2639, aff'd 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; *Construction Denis Desjardins inc. v. Jeanson*, 2010 QCCA 1287 (CanLII); *Markarian v. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314 (CanLII); *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 4, 6, 49.

Russell Williams (Textiles) Ltd., [2001] 1 All E.R. 700; *Nichols c. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (1930); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Baigent c. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24; *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339; *Computer Associates International, Inc. c. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (1992); *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xi; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242, conf. par (1993), 53 C.P.R. (3d) 407; *Arbique c. Gabriele*, [1998] J.Q. n° 3794 (QL), conf. par 2003 CanLII 16298; *Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (1939); *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [2001] 2 C.F. 618; *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Landry c. Audet*, 2011 QCCA 535, [2011] R.J.Q. 570, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. v; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. c. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872; *Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.*, [2002] R.J.Q. 2639, conf. par 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; *Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287, [2010] R.J.Q. 1600; *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314, [2006] R.J.Q. 2851; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 4, 6, 49.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1525, 1526, 1607, 1618, 1619, 1621, 2846, 2849.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “infringing”, 3, 5, 27(1), 34 [am. 2012, c. 20, s. 43], 34.1, 35.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Clermont, Benoît. “Les compilations et la *Loi sur le droit d’auteur*: leur protection et leur création” (2006), 18 *C.P.I.* 219.
 Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
 Gardner, Daniel. “Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations” (2012), 114 *R. du N.* 63.
 Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Karim, Vincent. *Les obligations*, 3^e éd., vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
 McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2013, release 4).
 Tarantino, Bob. “‘I’ve Got This Great Idea for a Show. . .’ — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals” (2004), 17 *I.P.J.* 189.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Morin and Doyon J.J.A.), 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415, 108 C.P.R. (4th) 165, [2011] Q.J. No. 9469 (QL), 2011 CarswellQue 15414, SOQUIJ AZ-50771854, setting aside in part a decision of Auclair J., 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261, 83 C.P.R. (4th) 1, [2009] R.R.A. 1135, [2009] J.Q. n° 8395 (QL), 2009 CarswellQue 8380, SOQUIJ AZ-50572488. Appeals in files 34466, 34467 and 34468 dismissed. Appeal in file 34469 allowed in part.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1525, 1526, 1607, 1618, 1619, 1621, 2846, 2849.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « contrefaçon », 3, 5, 27(1), 34 [mod. 2012, ch. 20, art. 43], 34.1, 35.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Clermont, Benoît. « Les compilations et la *Loi sur le droit d’auteur* : leur protection et leur création » (2006), 18 *C.P.I.* 219.
 Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
 Gardner, Daniel. « Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations » (2012), 114 *R. du N.* 63.
 Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Karim, Vincent. *Les obligations*, 3^e éd., vol. 2. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
 McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2013, release 4).
 Tarantino, Bob. « “I’ve Got This Great Idea for a Show. . .” — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals » (2004), 17 *I.P.J.* 189.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Thibault, Morin et Doyon), 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415, 108 C.P.R. (4th) 165, [2011] J.Q. n° 9469 (QL), 2011 CarswellQue 7652, SOQUIJ AZ-50771854, qui a infirmé en partie une décision du juge Auclair, 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261, 83 C.P.R. (4th) 1, [2009] R.R.A. 1135, [2009] J.Q. n° 8395 (QL), 2009 CarswellQue 8380, SOQUIJ AZ-50572488. Pourvois dans les dossiers 34466, 34467 et 34468 rejetés. Pourvoi dans le dossier 34469 accueilli en partie.

William Brock and Cara Cameron, for the appellants (34466)/respondents (34469) Cinar Corporation and Les Films Cinar inc. and for the respondent (34469) 3918203 Canada Inc.

Guy Régimbald, Normand Tamaro, Gilles M. Daigle and Marie-Catherine Deschênes, for the respondents (34466, 34467, 34468)/appellants (34469) Claude Robinson and Les Productions Nilem inc.

Pierre Y. Lefebvre and Alain Y. Dussault, for the appellants (34468)/respondents (34469) Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG and for the respondent (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB.

Guy J. Pratte, Daniel Urbas and Marc-André Grou, for the respondent (34469) Christian Davin.

Raynold Langlois, Q.C., Dimitri Maniatis, Jean-Patrick Dallaire and Fabrice Vil, for the appellants (34467)/respondents (34469) Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest.

Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover, for the intervener Music Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Canadian law protects the exclusive right of copyright owners to reproduce or to authorize the reproduction of their works. The unauthorized reproduction of a substantial part of an original work constitutes copyright infringement, for which a copyright owner can seek various remedies. The present appeals require this Court to determine whether a substantial part of a work has been reproduced, to examine the role of expert evidence in infringement cases, and to assess whether the trial judge committed reviewable errors in his award of damages.

William Brock et Cara Cameron, pour les appelantes (34466)/intimées (34469) Cinar Corporation et Les Films Cinar inc. et pour l'intimée (34469) 3918203 Canada Inc.

Guy Régimbald, Normand Tamaro, Gilles M. Daigle et Marie-Catherine Deschênes, pour les intimés (34466, 34467, 34468)/appelants (34469) Claude Robinson et Les Productions Nilem inc.

Pierre Y. Lefebvre et Alain Y. Dussault, pour les appelants (34468)/intimés (34469) Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG et pour l'intimée (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB.

Guy J. Pratte, Daniel Urbas et Marc-André Grou, pour l'intimé (34469) Christian Davin.

Raynold Langlois, c.r., Dimitri Maniatis, Jean-Patrick Dallaire et Fabrice Vil, pour les appelants (34467)/intimés (34469) Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour l'intervenante Music Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — La législation canadienne protège le droit exclusif des titulaires de droits d'auteur de reproduire leurs œuvres ou d'en autoriser la reproduction. Lorsqu'elle n'est pas autorisée, la reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale constitue une violation du droit d'auteur donnant ouverture à l'exercice, par son titulaire, de divers recours. Pour trancher les présents pourvois, la Cour doit déterminer si une partie importante d'une œuvre a été reproduite, examiner le rôle de la preuve d'expert dans les affaires de violation du droit d'auteur et évaluer si le juge de première instance a commis des erreurs susceptibles de révision dans l'octroi des dommages-intérêts.

[2] I conclude that copyright was infringed and would order compensatory damages, disgorgement of profits, and punitive damages.

I. Background

[3] Claude Robinson was a dreamer. He spent years meticulously crafting an imaginary universe for an educational children's television show, "The Adventures of Robinson Curiosity" ("*Curiosity*"). Robinson drew his inspiration from Daniel Defoe's novel *Robinson Crusoe*, as well as from his own life experiences. He developed a character — Robinson Curiosity — who lives on a tropical island and must learn to interact with its other inhabitants. From 1982 onwards, he drew detailed sketches and storyboards, wrote scripts and synopses, and designed promotional materials. In October 1985, the Copyright Office issued a registration certificate identifying Robinson as the author of *Curiosity* and Les Productions Nilem inc. ("Nilem") — a corporation of which Robinson is the sole director and shareholder — as the owner of the rights to the literary work.

[4] From 1985 to 1987, Robinson and Nilem undertook various initiatives to get the *Curiosity* project developed. Of particular relevance to this appeal, in 1986 Cinar Corporation ("Cinar") was retained by one of Robinson's production partners, Pathonic International Inc. ("Pathonic"), as a consultant to promote the project in the United States and to offer general production advice. Ronald Weinberg and his late wife Micheline Charest, who were directors and officers of Cinar, became involved in the project. Robinson gave Weinberg and Charest a copy of his *Curiosity* work. Ultimately, nothing came of Cinar's efforts to find financial partners for the project in the United States.

[5] In 1987, Robinson partnered with Les Productions SDA Itée ("SDA") to produce the television show. Nilem and SDA set up two corporations, Curious Island Productions Inc. and Curious Island

[2] Je conclus que le droit d'auteur a été violé et je suis d'avis d'accorder des dommages-intérêts compensatoires, la restitution des profits ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

I. Contexte

[3] Claude Robinson était un rêveur. Il a passé des années à créer minutieusement l'univers imaginaire d'une série télévisée éducative pour enfants, *Les aventures de Robinson Curiosité* (« *Curiosité* »). Pour ce faire, il s'est inspiré du roman *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, ainsi que de son propre vécu. Il a créé un personnage — Robinson Curiosité — qui habite sur une île tropicale et doit apprendre à interagir avec les autres habitants. À partir de 1982, M. Robinson a dessiné des croquis détaillés, élaboré des *story-boards*, écrit des scénarios ainsi que des synopsis et conçu du matériel promotionnel. En octobre 1985, le Bureau du droit d'auteur a délivré un certificat d'enregistrement l'identifiant comme l'auteur de *Curiosité* et Les Productions Nilem inc. (« Nilem ») — une société dont M. Robinson est le seul administrateur et actionnaire — comme la titulaire de l'œuvre littéraire.

[4] De 1985 à 1987, M. Robinson et Nilem ont entrepris plusieurs démarches dans le but de faire avancer le projet *Curiosité*. Il importe ici de signaler qu'en 1986, un des partenaires de production de M. Robinson, la société Pathonic International Inc. (« Pathonic »), a retenu les services de Corporation Cinar (« Cinar ») afin qu'elle agisse comme consultante pour la promotion du projet aux États-Unis et qu'elle donne des conseils généraux sur la production. Les administrateurs et dirigeants de Cinar, Ronald Weinberg et feu Micheline Charest, ont commencé à participer au projet. M. Robinson leur a alors donné une copie de l'œuvre *Curiosité*. Au final, toutefois, les efforts déployés par Cinar en vue de trouver des partenaires financiers pour le projet aux États-Unis n'ont rien donné.

[5] En 1987, M. Robinson s'est associé à la société Les Productions SDA Itée (« SDA ») pour produire l'émission télévisée. Nilem et SDA ont mis sur pied deux sociétés, Les Productions de l'Île Curieuse inc.

Enterprises Inc., which they intended to use as vehicles for the production.

[6] During that same year, Robinson and SDA participated in a television industry convention held at Cannes, in France. At this convention, they allegedly gave a presentation on *Curiosity* to Christophe Izard, a French creator of children's television shows.

[7] Despite the various efforts undertaken by Robinson and his partners, the project failed to attract investors and stalled. Curious Island Productions and Curious Island Enterprises were dissolved on December 12, 1990.

[8] Robinson shelved his project, but did not forget about it. In 1995, he explored the possibility of converting his *Curiosity* project into interactive educational software for children. However, these fresh efforts were cut short when, on September 8, 1995, Robinson watched on television the first episode of a new children's television show, "Robinson Sucroë" ("*Sucroë*"). He was stunned to see that *Sucroë*, as he perceived it, was a blatant copy of *Curiosity*.

[9] In Robinson's view, the characters and environment depicted in *Sucroë* closely tracked his work. Like *Curiosity*, *Sucroë* features a bearded, Robinson Crusoe-inspired protagonist who wears glasses and a straw hat. In both works, the protagonist lives on an island and interacts with other characters. There are however notable differences between the works. Many of the "side-kicks" in *Curiosity* are animals, whereas in *Sucroë* they are predominantly humans. Also, *Sucroë*, unlike *Curiosity*, features a band of marauding pirates as "villains".

[10] Robinson discovered that several parties who had been given access to his *Curiosity* project, namely Cinar, Weinberg, Charest, and Izard, were also involved in the production of *Sucroë*. He concluded that *Sucroë* was not an independent creation, but rather had been developed by copying *Curiosity*.

et Les Entreprises de l'Île Curieuse inc., qui devaient servir d'intermédiaires pour la production.

[6] La même année, M. Robinson et SDA ont participé à Cannes, en France, à une foire destinée aux professionnels de l'industrie de la télévision. À cette occasion, ils auraient fait une présentation du projet *Curiosité* à Christophe Izard, un créateur français de séries télévisées pour enfants.

[7] Malgré les efforts de M. Robinson et de ses partenaires, le projet n'a pas attiré d'investisseurs et a stagné. Les Productions de l'Île Curieuse et Les Entreprises de l'Île Curieuse ont été dissoutes le 12 décembre 1990.

[8] Monsieur Robinson a mis son projet de côté, sans pour autant l'oublier. En 1995, il a étudié la possibilité de convertir *Curiosité* en un logiciel éducatif interactif pour enfants. Cette nouvelle initiative a toutefois été interrompue quand, le 8 septembre 1995, il a regardé à la télévision le premier épisode d'une nouvelle série pour enfants : *Robinson Sucroë* (« *Sucroë* »). Il a constaté avec stupéfaction que *Sucroë* était, à ses yeux, manifestement une copie de *Curiosité*.

[9] Selon M. Robinson, les personnages et l'environnement de *Sucroë* ressemblaient étrangement à son œuvre. À l'instar du protagoniste dans *Curiosité*, celui de *Sucroë* est barbu, inspiré du personnage de Robinson Crusoe et porte des lunettes ainsi qu'un chapeau de paille. De plus, dans les deux œuvres, le protagoniste habite sur une île et interagit avec d'autres personnages. Il y a toutefois des différences notables entre les œuvres. Plusieurs des comparses du protagoniste de *Curiosité* sont des animaux tandis que ceux du protagoniste de *Sucroë* sont principalement des humains. En outre, il y a des « méchants » dans *Sucroë*, en l'occurrence une bande de pirates maraudeurs, ce qui n'est pas le cas dans *Curiosité*.

[10] Monsieur Robinson a appris que plusieurs parties ayant eu accès au projet *Curiosité*, à savoir Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard, avaient aussi participé à la production de *Sucroë*. Il en a conclu que *Sucroë* était non pas une création indépendante, mais une reproduction de *Curiosité*. M. Robinson et

He and Nilem commenced an action for copyright infringement against Cinar, Weinberg, Charest, Izard, and various co-producers and distributors of *Sucroë*. They also claimed damages under the rules of extra-contractual liability, contending that Cinar, Weinberg, and Charest had breached their obligations of good faith and loyalty under the contract for services that they concluded with Pathonic, and that in doing so they knowingly caused damages to Robinson and Nilem.

[11] The trial lasted 83 days and resulted in the production of a voluminous evidentiary record. After considering the testimony of over 40 witnesses and 4 experts, as well as extensive documentary and audio-visual evidence, the trial judge concluded that Robinson's *Curiosity* was an original work protected by copyright, that the creators of *Sucroë* had copied *Curiosity*, and that the features reproduced in *Sucroë* represented a substantial part of *Curiosity*. He found that Cinar, Weinberg, Charest, Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG (collectively referred to as the "Cinar appellants" in these reasons) were liable for infringement of copyright. He also held Christian Davin, the chief executive officer of France Animation at the relevant time, personally liable for the infringement. Finally, the trial judge found that Cinar, Weinberg, and Charest were extra-contractually liable towards Robinson and Nilem for having violated their obligations of good faith and of loyalty: 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261.

[12] The trial judge awarded damages on a solidary basis (the equivalent of "joint and several" liability in the common law) and costs in the amount of \$5,224,293: \$607,489 in compensatory damages for Robinson's pecuniary losses stemming from the infringement; \$1,716,804 to disgorge the profits earned as a result of the infringement; \$400,000 for the psychological harm suffered by Robinson; \$1,000,000 in punitive damages; and \$1,500,000 for costs on a solicitor-client basis.

Nilem ont intenté une action pour violation du droit d'auteur contre Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard de même que contre plusieurs coproducteurs et distributeurs de *Sucroë*. Ils ont aussi réclamé des dommages-intérêts en application des règles de responsabilité extracontractuelle, alléguant que Cinar, M. Weinberg et M^{me} Charest avaient manqué à l'obligation de bonne foi et au devoir de loyauté que leur imposait le contrat de service qu'ils avaient conclu avec Pathonic et que, ce faisant, ils leur avaient sciemment causé un préjudice.

[11] Le procès a duré 83 jours et a donné lieu à la présentation d'un dossier de preuve volumineux. Après avoir entendu les dépositions de plus de 40 témoins et de 4 experts et avoir examiné de nombreux éléments de preuve documentaire et audiovisuelle, le juge de première instance a conclu que l'œuvre *Curiosité* de M. Robinson était une œuvre originale protégée par le droit d'auteur, que les créateurs de *Sucroë* avaient copié *Curiosité* et que les caractéristiques reprises dans *Sucroë* constituaient une partie importante de *Curiosité*. Il a jugé que Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest, M. Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG (désignés collectivement les « appelants Cinar » dans les présents motifs) étaient responsables pour la violation du droit d'auteur. Il a également tenu Christian Davin, le président-directeur général de France Animation à l'époque pertinente, personnellement responsable de la violation. Enfin, le juge de première instance a conclu que Cinar, M. Weinberg et M^{me} Charest étaient responsables sur le plan extracontractuel envers M. Robinson et Nilem en raison du manquement à leurs obligations de bonne foi et de loyauté : 2009 QCCS 3793, [2009] R.J.Q. 2261.

[12] Le juge de première instance a condamné les défendeurs à payer 5 224 293 \$ solidairement à titre de dommages-intérêts et d'honoraires extrajudiciaires. De ce montant, 607 489 \$ ont été octroyés à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par M. Robinson par suite de la violation du droit d'auteur, 1 716 804 \$ pour la restitution des profits générés par suite de la contrefaçon, 400 000 \$ pour le préjudice psychologique subi par M. Robinson, 1 000 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs et 1 500 000 \$ à titre d'honoraires extrajudiciaires.

[13] The Court of Appeal upheld the trial judge's findings on infringement. It confirmed the trial judge's findings of personal liability for copyright infringement, except for Davin, against whom the evidence was insufficient in its view: 2011 QCCA 1361, 108 C.P.R. (4th) 165.

[14] The Court of Appeal upheld the trial judge's award of compensatory damages for Robinson's pecuniary losses, subject to a minor mathematical correction. It rejected the trial judge's order for disgorgement of profits against Weinberg, Charest, and Izard because those profits were retained by corporations. It also ordered disgorgement on a joint basis (the equivalent of "several" liability in the common law) rather than solidarily. In addition, the Court of Appeal excluded amounts incorrectly included by the trial judge in the calculation of profits, reducing the amount to be disgorged.

[15] The Court of Appeal held that the cap established in the *Andrews* trilogy (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287) was applicable to the award for psychological suffering and reduced the award to \$121,350, which represents 50 percent of the cap's value at the date of the summons.

[16] The Court of Appeal reduced the award for punitive damages from \$1,000,000 to \$250,000, on the ground that punitive damages in Quebec must be moderate, and held that they could not be awarded on a solidary basis. It held Cinar liable for \$100,000 in punitive damages, and each of Weinberg, Charest, and Izard liable for \$50,000.

[17] The Court of Appeal held that interest and the additional indemnity (arts. 1618 and 1619 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("CCQ")) on the award of compensatory damages should be

[13] La Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la violation du droit d'auteur. Elle a également confirmé ses conclusions sur la responsabilité personnelle à l'égard de la violation du droit d'auteur, sauf en ce qui concerne M. Davin, contre qui, à son avis, la preuve était insuffisante : 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415.

[14] La Cour d'appel a confirmé l'octroi par le juge de première instance de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes pécuniaires subies par M. Robinson, sous réserve d'une correction mathématique mineure. Elle a rejeté l'ordonnance du juge de première instance selon laquelle M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard étaient personnellement tenus de restituer les profits parce que ce sont des sociétés qui les avaient réalisés. La Cour d'appel a aussi ordonné la restitution des profits en question sur une base conjointe plutôt que solidaire. En outre, elle a exclu des sommes qui avaient été incluses à tort par le juge de première instance dans le calcul des profits, ce qui a réduit ainsi le montant des profits à restituer.

[15] La Cour d'appel a conclu que le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287) s'appliquait à l'octroi de dommages-intérêts pour le préjudice psychologique subi par M. Robinson et a réduit ces derniers à 121 350 \$, ce qui représente 50 p. 100 du plafond à la date de l'assignation.

[16] La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs de 1 000 000 \$ à 250 000 \$ au motif que les dommages-intérêts punitifs au Québec doivent être octroyés avec modération. Elle a conclu que ces dommages-intérêts ne pouvaient être octroyés sur une base solidaire. Enfin, elle a condamné Cinar à verser 100 000 \$ en dommages-intérêts punitifs, puis M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard à en verser 50 000 \$ chacun.

[17] La Cour d'appel a conclu que les intérêts et l'indemnité additionnelle (art. 1618 et 1619 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« CcQ »)) devaient être calculés à partir du 16 juillet 1996

computed as of July 16, 1996, and as of July 1, 2001, for the award of profits. It also affirmed the trial judge's award of \$1,500,000 for costs on a solicitor-client basis, but declined to award additional costs on a solicitor-client basis for the appeal.

[18] Four appeals have been brought from the Court of Appeal's judgment (in files 34466, 34467, 34468, and 34469). The Cinar appellants appeal the finding of liability for infringement. Robinson and Nilem appeal the reduction in damages and disgorgement of profits ordered by the Court of Appeal.

II. Issues

[19] The appeals raise a number of issues, which I will address as follows:

- A. The Standing of Robinson and Nilem
- B. The Infringement of Copyright
- C. The Personal Liability of Weinberg, Charest, and Davin for Infringement
- D. The Extra-contractual Liability of Cinar, Weinberg, and Charest
- E. Disgorgement of Profits
- F. Non-pecuniary Damages
- G. Punitive Damages

III. Analysis

A. *The Standing of Robinson and Nilem*

[20] The appellant Weinberg argues that neither Robinson nor Nilem has standing to bring an action for copyright infringement because Robinson assigned all of his rights in *Curiosity* to Nilem, and Nilem thereafter assigned those rights to Curious Island Enterprises. He argues that, as a result of these assignments, neither Robinson nor Nilem retains any rights in *Curiosity*.

en ce qui concerne les dommages-intérêts compensatoires, et à partir du 1^{er} juillet 2001 pour la restitution des profits. Elle a aussi confirmé la décision du juge de première instance d'accorder 1 500 000 \$ à titre d'honoraires extrajudiciaires, mais a refusé d'en accorder pour l'appel.

[18] Quatre pourvois ont été interjetés contre la décision de la Cour d'appel (dans les dossiers 34466, 34467, 34468 et 34469). Les appelants Cinar contestent la conclusion de responsabilité pour la violation du droit d'auteur. M. Robinson et Nilem interjettent appel de la décision de la Cour d'appel quant à la réduction des dommages-intérêts et à la restitution des profits.

II. Questions en litige

[19] Les présents pourvois soulèvent un certain nombre de questions, que je vais examiner de la façon suivante :

- A. La qualité de M. Robinson et de Nilem
- B. La violation du droit d'auteur
- C. La responsabilité personnelle de M. Weinberg, de M^{me} Charest et de M. Davin pour violation du droit d'auteur
- D. La responsabilité extracontractuelle de Cinar, de M. Weinberg et de M^{me} Charest
- E. La restitution des profits
- F. Les dommages-intérêts non pécuniaires
- G. Les dommages-intérêts punitifs

III. Analyse

A. *La qualité de M. Robinson et de Nilem*

[20] L'appellant Weinberg fait valoir que ni M. Robinson ni Nilem n'ont qualité pour intenter une action pour violation du droit d'auteur. Selon lui, M. Robinson a cédé tous ses droits sur *Curiosité* à Nilem, qui a ensuite cédé ces droits à la société Les Entreprises de l'Île Curieuse. Il prétend que, par suite de ces cessions, ni M. Robinson ni Nilem n'ont conservé de droits sur *Curiosité*.

[21] Weinberg bears the burden of proving the loss of copyright: s. 34.1 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (“*Copyright Act*” or “*Act*”) (s. 34 at the time this action was commenced); *Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters’ Survey Bureau Ltd.*, [1940] S.C.R. 218, at pp. 233-34. In my view, he has failed to discharge this burden. On the record before this Court, I would not interfere with the conclusion of the courts below that Robinson and Nilem were co-owners of the rights to *Curiosity*. And I agree with the courts below that any rights transferred by Nilem to Curious Island Enterprises reverted to Nilem. The 1987 shareholders’ agreement by which Nilem transferred its rights to Curious Island Enterprises contained a resolutive clause pursuant to which the rights would revert back to Nilem if Curious Island Enterprises was dissolved, and Curious Island Enterprises was indeed dissolved on December 12, 1990.

[22] Consequently, Robinson and Nilem have standing to bring their action.

B. *The Infringement of Copyright*

(1) The Scope of the Protection Afforded by the *Copyright Act*

[23] The *Copyright Act* strikes “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”: *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30; see also *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326, at paras. 8-11; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, at paras. 7-8; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 40. It seeks to ensure that an author will reap the benefits of his efforts, in order to incentivize the creation of

[21] Il incombe à M. Weinberg de prouver la perte du droit d’auteur : art. 34.1 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (« *Loi* » ou « *Loi sur le droit d’auteur* ») (art. 34 au moment où la présente action a été intentée); *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters’ Survey Bureau Ltd.*, [1940] R.C.S. 218, p. 233-234. À mon avis, il ne s’est pas acquitté de ce fardeau de preuve. Au vu du dossier dont dispose la Cour, je suis d’avis de ne pas modifier la conclusion des cours d’instance inférieure selon laquelle M. Robinson et Nilem sont cotitulaires des droits relatifs à *Curiosité*. Je suis aussi d’accord avec leur conclusion selon laquelle les droits qui auraient été cédés par Nilem à la société Les Entreprises de l’Île Curieuse lui ont été rétrocédés. En effet, la convention d’actionnaires conclue en 1987 qui prévoyait la cession par Nilem de ses droits à la société Les Entreprises de l’Île Curieuse comportait une clause résolutoire selon laquelle les droits seraient rétrocédés à Nilem si la Société Les Entreprises de l’Île Curieuse était dissoute. Or, cette dissolution a eu lieu le 12 décembre 1990.

[22] En conséquence, M. Robinson et Nilem ont qualité pour intenter leur recours.

B. *La violation du droit d’auteur*

(1) La portée de la protection conférée par la *Loi sur le droit d’auteur*

[23] La *Loi sur le droit d’auteur* établit « 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 » : *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30; voir aussi *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326, par. 8-11; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, par. 7-8; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 40. Elle vise à faire en sorte que l’auteur tirera un avantage de ses

new works. However, it does not give the author a monopoly over ideas or elements from the public domain, which all are free to draw upon for their own works. For example, “[t]he general stock of incidents in fiction or drama is free for all to use — a substantial part of everyone’s culture, not of any one individual’s work”: D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 182.

[24] The Act protects *original* literary, dramatic, musical, and artistic works: s. 5. It protects the expression of ideas in these works, rather than ideas in and of themselves: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 8. An original work is the expression of an idea through an exercise of skill and judgment: *CCH*, at para. 16. Infringement consists of the unauthorized taking of that originality.

[25] However, the Act does not protect every “particle” of an original work, “any little piece the taking of which cannot affect the value of [the] work as a whole”: Vaver, at p. 182. Section 3 of the *Copyright Act* provides that the copyright owner has the sole right to reproduce “the work or any substantial part thereof”.

[26] A substantial part of a work is a flexible notion. It is a matter of fact and degree. “Whether a part is substantial must be decided by its quality rather than its quantity”: *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), at p. 481, *per* Lord Pearce. What constitutes a substantial part is determined in relation to the originality of the work that warrants the protection of the *Copyright Act*. As a general proposition, a substantial part of a work is a part of the work that represents a substantial portion of the author’s skill and judgment expressed therein.

[27] A substantial part of a work is not limited to the words on the page or the brushstrokes on

efforts, dans le but de favoriser la création de nouvelles œuvres. Toutefois, elle ne donne pas à l’auteur le monopole sur les idées ou sur les éléments qui relèvent du domaine public et dont tous sont libres de s’inspirer. Par exemple, [TRADUCTION] « [I]es circonstances génériques relatées dans les ouvrages de fiction ou les ouvrages dramatiques peuvent être reprises — il s’agit d’une partie importante de la culture collective, et non d’une œuvre individuelle » : D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 182.

[24] La Loi protège toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique *originale* (art. 5). Elle protège l’expression des idées dans ces œuvres, et non les idées comme telles : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 8. Une œuvre originale est l’expression d’une idée qui résulte de l’exercice du talent et du jugement : *CCH*, par. 16. La violation du droit d’auteur consiste à s’approprier cette originalité sans autorisation.

[25] Cependant, la Loi ne protège pas chaque [TRADUCTION] « infime partie » de l’œuvre originale, « chaque petit détail qui, si on se l’approprie, ne risque pas d’avoir une incidence sur la valeur de l’œuvre dans son ensemble » : Vaver, p. 182. L’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur* confère en effet au titulaire du droit d’auteur le droit exclusif de reproduire « [une] œuvre [. . .] ou une partie importante de celle-ci ».

[26] Le concept de « partie importante » de l’œuvre est souple. Il s’agit d’une question de fait et de degré. [TRADUCTION] « La question de savoir si une partie est importante est qualitative plutôt que quantitative » : *Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), p. 481, lord Pearce. On détermine ce qui constitue une partie importante en fonction de l’originalité de l’œuvre qui doit être protégée par la *Loi sur le droit d’auteur*. En règle générale, une partie importante d’une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l’auteur exprimés dans l’œuvre.

[27] Ce ne sont pas seulement les mots sur la page ou les coups de pinceau sur la toile qui peuvent

the canvas. The Act protects authors against both literal and non-literal copying, so long as the copied material forms a substantial part of the infringed work. As the House of Lords put it,

the “part” which is regarded as substantial can be a feature or combination of features of the work, abstracted from it rather than forming a discrete part. . . . [T]he original elements in the plot of a play or novel may be a substantial part, so that copyright may be infringed by a work which does not reproduce a single sentence of the original.

(*Designers Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2001] 1 All E.R. 700, at p. 706, *per* Lord Hoffmann; see also *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), *per* Learned Hand J.)

[28] The need to strike an appropriate balance between giving protection to the skill and judgment exercised by authors in the expression of their ideas, on the one hand, and leaving ideas and elements from the public domain free for all to draw upon, on the other, forms the background against which the arguments of the parties must be considered.

(2) The Issue on Appeal

[29] The Cinar appellants no longer contest the trial judge’s findings that Robinson’s work as a whole was original, that several of the appellants had access to the work, and that *Sucroë* and *Curiosity* share common features. Rather, they argue that the trial judge made several errors in his assessment of whether a substantial part of *Curiosity* is reproduced in *Sucroë*, giving rise to a remedy for copyright infringement.

(3) The Standard of Review

[30] The conclusion of the trial judge that a substantial part of a plaintiff’s work was copied is entitled

constituer une partie importante d’une œuvre. La Loi protège les auteurs tant contre la reproduction littérale que contre la reproduction non littérale, pourvu que le matériel reproduit constitue une partie importante de l’œuvre contrefaite. Comme l’a affirmé la Chambre des lords,

[TRADUCTION] la « partie » jugée importante peut être une caractéristique ou une combinaison de caractéristiques de l’œuvre qui représentent l’œuvre d’un point de vue non littéral plutôt que d’en constituer une partie distincte. [. . .] [L]es éléments originaux de l’intrigue d’une pièce de théâtre ou d’un roman peuvent constituer une partie importante, de sorte qu’il est possible que le droit d’auteur soit violé par une œuvre qui ne reprend aucune phrase du texte original.

(*Designers Guild Ltd. c. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2001] 1 All E.R. 700, p. 706, lord Hoffmann; voir aussi *Nichols c. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), le juge Learned Hand.)

[28] La nécessité d’établir un juste équilibre entre, d’une part, la protection du talent et du jugement qu’ont exercés les auteurs dans l’expression de leurs idées et, d’autre part, le fait de laisser des idées et des éléments relever du domaine public afin que tous puissent s’en inspirer forme la trame de fond en fonction de laquelle il faut examiner les arguments des parties.

(2) La question litigieuse en appel

[29] Les appelants Cinar ne contestent plus certaines des conclusions du juge de première instance, à savoir que l’œuvre de M. Robinson dans son ensemble était originale, que plusieurs des appelants ont eu accès à l’œuvre et, enfin, que *Sucroë* et *Curiosité* partagent des éléments communs. Ils prétendent plutôt que le juge de première instance a commis plusieurs erreurs lorsqu’il a examiné la question de savoir si une partie importante de *Curiosité* avait été reproduite dans *Sucroë*, donnant ainsi ouverture à une réparation pour violation du droit d’auteur.

(3) La norme de contrôle

[30] La conclusion du juge de première instance selon laquelle une partie importante de l’œuvre d’un

to appellate deference. The issue of substantiality is one of mixed fact and law. Consequently, an appellate court should generally defer to the trial judge's findings on substantiality, unless those findings are based on an error of law or palpable and overriding errors of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Designers Guild*, at p. 707, per Lord Hoffman, and p. 708, per Lord Millett; *Baigent v. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24, at paras. 125-26; *Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339 (C.A.), at para. 81; Vaver, at p. 182.

- (4) Did the Trial Judge Err in Finding That a Substantial Part of Robinson's Work Was Reproduced in *Sucroë*?

[31] The trial judge, upheld by the Court of Appeal, found that the Cinar appellants infringed Robinson's copyright by copying a substantial part of his original work without his or Nilem's authorization: see ss. 3(1) and 27(1) of the *Copyright Act*.

[32] The Cinar appellants contend that the trial judge (a) failed to follow the correct approach to assessing substantiality; (b) failed to give sufficient weight to the significant differences between *Sucroë* and *Curiosity*; (c) made an error in finding that the features of *Curiosity* reproduced in *Sucroë* were protected by the *Copyright Act*; and (d) based his findings on inadmissible expert evidence. I will address each of these arguments in turn.

- (a) *Did the Trial Judge Fail to Follow the Correct Approach to Assessing Whether a "Substantial Part" of a Work Was Reproduced?*

[33] The trial judge found that the Cinar appellants copied a number of features from Robinson's

demandeur a été reproduite doit être abordée avec déférence par les tribunaux d'appel. La question de l'importance de la partie reproduite est une question mixte de fait et de droit. Par conséquent, en règle générale, les tribunaux d'appel doivent s'en remettre aux conclusions du juge de première instance sur ce point, sauf si elles découlent d'une erreur de droit ou d'erreurs de fait manifestes et dominantes : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Designers Guild*, p. 707, lord Hoffman, et p. 708, lord Millett; *Baigent c. The Random House Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 247, [2007] F.S.R. 24, par. 125-126; *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339 (C.A.), par. 81; Vaver, p. 182.

- (4) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant qu'une partie importante de l'œuvre de M. Robinson avait été reproduite dans *Sucroë*?

[31] Le juge de première instance, dont la décision à cet égard a été confirmée par la Cour d'appel, a conclu que les appelants Cinar avaient violé le droit d'auteur de M. Robinson en reproduisant une partie importante de son œuvre originale sans son autorisation ni celle de Nilem : voir les par. 3(1) et 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[32] Les appelants Cinar prétendent que le juge de première instance a) a omis de suivre la démarche appropriée pour évaluer l'importance de la partie reproduite de l'œuvre; b) n'a pas accordé suffisamment de poids aux différences notables entre *Sucroë* et *Curiosité*; c) a commis une erreur en concluant que les caractéristiques de *Curiosité* reproduites dans *Sucroë* étaient protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*; et d) a fondé ses conclusions sur un témoignage d'expert inadmissible. J'examinerai successivement chacune de ces prétentions.

- a) *Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre avait été reproduite?*

[33] Selon le juge de première instance, les appelants Cinar ont reproduit un certain nombre

Curiosity, including the visual appearance of the main protagonist, the personality traits of the main protagonist and of other characters, visual aspects of the setting, and recurring scenographic elements. He concluded that, considered as a whole, the copied features constituted a substantial part of Robinson's work.

[34] The Cinar appellants argue that instead of applying a holistic approach, the trial judge should have applied a three-step approach requiring him to (1) determine what elements of *Curiosity* were original, within the meaning of the *Copyright Act*; (2) exclude non-protectable features of Robinson's work (such as ideas, elements drawn from the public domain, and generic elements commonplace in children's television shows); and (3) compare what remains of *Curiosity* after this "weeding-out" process to *Sucroë*, and determine whether a substantial part of *Curiosity* was reproduced.

[35] The approach proposed by the Cinar appellants is similar to the "abstraction-filtration-comparison" approach used to assess substantiality in the context of computer software infringement in the United States: see *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992); B. Clermont, "Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur*: leur protection et leur création" (2006), 18 *C.P.I.* 219, at p. 237; B. Tarantino, "I've Got This Great Idea for a Show. . ." — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals" (2004), 17 *I.P.J.* 189, at pp. 199-200. It has been discussed, though not formally adopted, in Canadian jurisprudence: *Delrina Corp.*, at paras. 43-47. I do not exclude the possibility that such an approach might be useful in deciding whether a substantial part of some works, for example computer programs, has been copied. But many types of works do not lend themselves to a reductive analysis. Canadian courts have generally adopted a qualitative and holistic approach to assessing substantiality. "The character of the works will be looked at, and the court will in all

de caractéristiques de l'œuvre *Curiosité* de M. Robinson, y compris l'apparence visuelle du personnage principal, les traits de personnalité de ce dernier et d'autres personnages, des aspects visuels des lieux ainsi que des éléments scénographiques récurrents. Il a conclu que, prises dans leur ensemble, les caractéristiques reproduites constituaient une partie importante de l'œuvre de M. Robinson.

[34] Les appelants Cinar prétendent qu'au lieu d'employer une démarche globale, le juge aurait dû adopter une démarche en trois étapes l'obligeant (1) à déterminer quels éléments de *Curiosité* sont originaux, au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*; (2) à exclure les caractéristiques de l'œuvre de M. Robinson qui ne peuvent être protégées (comme les idées, les éléments qui relèvent du domaine public et les éléments génériques qui se retrouvent couramment dans les séries télévisées pour enfants); et (3) à comparer *Sucroë* avec ce qui serait resté de *Curiosité* après ce processus d'élimination puis à juger si une partie importante de cette dernière avait été reproduite.

[35] La démarche proposée par les appelants Cinar ressemble à l'approche « abstraction-filtration-comparison » utilisée par les tribunaux américains pour évaluer l'importance de la partie reproduite de l'œuvre lorsqu'il y a violation du droit d'auteur sur des logiciels : voir *Computer Associates International, Inc. c. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992); B. Clermont, « Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur* : leur protection et leur création » (2006), 18 *C.P.I.* 219, p. 237; B. Tarantino, « "I've Got This Great Idea for a Show. . ." — Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals » (2004), 17 *I.P.J.* 189, p. 199-200. Cette approche a été examinée, sans être formellement adoptée, par la jurisprudence canadienne : *Delrina Corp.*, par. 43-47. Je n'exclus pas la possibilité qu'une telle approche puisse être utile pour déterminer s'il y a eu reproduction d'une partie importante d'une œuvre comme un programme informatique. Cependant, de nombreux types d'œuvres ne se prêtent pas à une analyse réductrice. Dans l'ensemble, les tribunaux canadiens ont adopté une approche qualitative et globale pour

cases look, not at isolated passages, but at the two works as a whole to see whether the use by the defendant has unduly interfered with the plaintiff's right": J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (loose-leaf), at p. 21-16.4 (emphasis added).

[36] As a general matter, it is important to not conduct the substantiality analysis by dealing with the copied features piecemeal: *Designers Guild*, at p. 705, *per* Lord Hoffman. The approach proposed by the Cinar appellants would risk dissecting Robinson's work into its component parts. The "abstraction" of Robinson's work to the essence of what makes it original and the exclusion of non-protectable elements *at the outset of the analysis* would prevent a truly holistic assessment. This approach focuses unduly on whether each of the parts of Robinson's work is *individually* original and protected by copyright law. Rather, the cumulative effect of the features copied from the work must be considered, to determine whether those features amount to a substantial part of Robinson's skill and judgment expressed in his work as a whole.

[37] I thus conclude that the trial judge did not err by failing to follow the three-step approach advocated by the Cinar appellants.

- (b) *Did the Trial Judge Fail to Give Sufficient Weight to the Differences Between Sucroë and Curiosity?*

[38] The Cinar appellants contend that the trial judge focused almost exclusively on the similarities between *Sucroë* and *Curiosity*, and failed to consider the differences between the works. They point to significant differences between the works: the secondary characters in *Sucroë* are humans, whereas in *Curiosity* several of those characters are animals;

évaluer l'importance de la partie reproduite de l'œuvre. [TRADUCTION] « Le tribunal examinera la nature des œuvres et, dans tous les cas, il examinera non pas des extraits isolés, mais les deux œuvres dans leur ensemble pour déterminer si le projet du défendeur a indûment porté atteinte au droit du demandeur » : J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (feuilles mobiles), p. 21-16.4 (je souligne).

[36] En général, il importe de ne pas analyser l'importance des caractéristiques reproduites en les examinant chacune isolément : *Designers Guild*, p. 705, lord Hoffman. Si elle était retenue, l'approche proposée par les appelants Cinar risquerait de mener à la dissection de l'œuvre de M. Robinson en ses éléments constitutifs. L'« abstraction » qui consisterait à réduire l'œuvre de M. Robinson à l'essence même de ce qui la rend originale et l'exclusion des éléments non susceptibles d'être protégés *dès le début de l'analyse* auraient pour effet d'empêcher le juge d'effectuer une évaluation réellement globale. Cette approche mettrait indûment l'accent sur la question de savoir si chacune des parties de l'œuvre de M. Robinson, prise *individuellement*, est originale et protégée par la législation sur le droit d'auteur. Il faut plutôt examiner l'effet cumulatif des caractéristiques reproduites de l'œuvre afin de décider si elles constituent une partie importante du talent et du jugement dont a fait preuve M. Robinson dans l'ensemble de son œuvre.

[37] J'arrive donc à la conclusion que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en omettant de suivre la démarche en trois étapes préconisée par les appelants Cinar.

- (b) *Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre Sucroë et Curiosité?*

[38] Les appelants Cinar affirment que le juge de première instance s'est concentré presque exclusivement sur les similitudes entre *Sucroë* et *Curiosité*, et n'a pas tenu compte des différences — importantes selon eux — entre les œuvres. Ces différences tiennent notamment à ce que les personnages secondaires dans *Sucroë* sont des humains, tandis

Sucroë prominently features as its “villains” a band of marauding pirates, whereas *Curiosité* does not seem to have any villains; and the protagonist in *Sucroë* is not particularly curious, whereas curiosity is the dominant personality trait of the protagonist in *Curiosité*.

[39] The question of whether there has been substantial copying focuses on whether the copied features constitute a substantial part of the plaintiff’s work — not whether they amount to a substantial part of the defendant’s work: Vaver, at p. 186; E. F. Judge and D. J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd ed. 2011), at p. 211. The alteration of copied features or their integration into a work that is notably different from the plaintiff’s work does not necessarily preclude a claim that a substantial part of a work has been copied. As the *Copyright Act* states, infringement includes “any colourable imitation” of a work: definition of “infringing”, s. 2.

[40] This is not to say that differences are irrelevant to the substantiality analysis. If the differences are so great that the work, viewed as a whole, is not an imitation but rather a new and original work, then there is no infringement. As the Court of Appeal put it, “the differences may have no impact if the borrowing remains substantial. Conversely, the result may also be a novel and original work simply inspired by the first. Everything is therefore a matter of nuance, degree, and context” (para. 66).

[41] The trial judge engaged in a qualitative and holistic assessment of the similarities between the works, which took into account the relevant similarities and differences between the works. For example, he gave little weight to similarities that were due to the generic island setting of both works: the fact that beaches, luxuriant vegetation, and bananas are present in both works was, at

que dans *Curiosité* plusieurs d’entre eux sont des animaux; à ce que *Sucroë* met en vedette de façon évidente ses « méchants », en l’occurrence une bande de pirates maraudeurs, tandis que dans *Curiosité* il ne semble pas y avoir de méchants; et à ce que le protagoniste dans *Sucroë* n’est pas particulièrement curieux, tandis que la curiosité est le principal trait de personnalité du protagoniste dans *Curiosité*.

[39] Pour décider si une partie importante de l’œuvre a été reproduite, il faut s’attacher à déterminer si les caractéristiques reprises constituent une partie importante de l’œuvre du demandeur, et non de celle du défendeur : Vaver, p. 186; E. F. Judge et D. J. Gervais, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2^e éd. 2011), p. 211. Le fait de modifier certaines caractéristiques reproduites ou de les intégrer dans une œuvre qui est considérablement différente de celle du demandeur n’a pas nécessairement pour effet d’écarter la prétention selon laquelle une partie importante d’une œuvre a été reproduite. Comme le prévoit la *Loi sur le droit d’auteur*, la contrefaçon comprend « toute [. . .] imitation déguisée » d’une œuvre : définition de « contrefaçon », art. 2.

[40] Cela ne veut pas dire que les différences n’ont pas leur place dans l’analyse de l’importance de la partie reproduite de l’œuvre. Si les différences sont telles que l’œuvre, prise dans son ensemble, constitue non pas une imitation, mais plutôt une œuvre nouvelle et originale, il n’y a pas violation du droit d’auteur. Comme l’a indiqué la Cour d’appel, « les différences peuvent n’avoir aucun impact si l’emprunt demeure substantiel. À l’inverse, il se peut aussi qu’il en résulte une œuvre nouvelle et originale, qui s’est tout simplement inspirée de la première. Tout est donc question de nuance, de degré et de contexte » (par. 66).

[41] Le juge de première instance a procédé à une évaluation qualitative et globale des similitudes entre les œuvres en tenant compte des ressemblances et des différences pertinentes. Par exemple, il a accordé peu de poids aux ressemblances attribuables au lieu — une île — où se déroule l’histoire dans les deux œuvres : le fait qu’il y ait une plage, une végétation abondante et des bananes dans les

best, a “minor” similarity (paras. 621 and 631). He also gave little weight to the alleged similarities between Gladys, a female character in *Sucroë*, and Gertrude, a character in *Curiosity* (paras. 577-81). He examined whether Robinson *Sucroë* could be said to be as curious as Robinson *Curiosity*, and recognized that curiosity was a less predominant personality trait in *Sucroë* than it was in *Curiosity* (paras. 529-31). He concluded that, *despite any differences between the works*, it was still possible to identify in *Sucroë* features copied from *Curiosity* and that these features constituted a substantial part of Robinson’s work. The trial judge did not err in approaching the matter in this way.

- (c) *Did the Trial Judge Err in Finding That the Features of Curiosity Reproduced in Sucroë Are Protected by the Copyright Act?*

[42] The Cinar appellants contend that, by failing to follow their three-step approach and to give sufficient weight to differences between the works, the trial judge characterized as a substantial part of the work a series of features that are not protected by copyright law. They argue that, at most, *Sucroë* reproduced the ideas embodied in *Curiosity*, elements drawn from the public domain (such as the protagonist of Daniel Defoe’s nearly 300-year-old novel), and other elements that are not original within the meaning of the *Copyright Act*.

[43] I turn first to the argument that *Sucroë* merely reproduced the idea of a children’s television show about a *Robinson Crusoe*-inspired character living on a tropical island, as opposed to Robinson’s expression of that idea. I cannot accept this contention. The trial judge clearly grounded his finding of copying of a substantial part not in the idea behind *Curiosity*, but in the way Robinson expressed that idea. He concluded that the overall architecture of Robinson’s submission for a television show was copied. He found that the graphic

deux œuvres n’était tout au plus qu’une similitude « mineure » (par. 621 et 631). Il a aussi accordé peu d’importance aux ressemblances qu’il y aurait entre Gladys, un personnage féminin dans *Sucroë*, et Gertrude, un personnage féminin dans *Curiosité* (par. 577-581). Il s’est demandé si Robinson *Sucroë* pouvait être considéré comme aussi curieux que Robinson *Curiosité*, et il a reconnu que la curiosité était un trait de personnalité du protagoniste moins important dans *Sucroë* qu’il ne l’était dans *Curiosité* (par. 529-531). Il a conclu que, *malgré les différences entre les œuvres*, il était toujours possible de relever dans *Sucroë* des caractéristiques tirées de *Curiosité* et que ces caractéristiques constituaient une partie importante de l’œuvre de M. Robinson. Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en abordant la question de cette manière.

- c) *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de Curiosité reproduits dans Sucroë sont protégés par la Loi sur le droit d’auteur?*

[42] Les appelants Cinar prétendent que, en ne suivant pas la démarche en trois étapes qu’ils préconisent et en n’accordant pas suffisamment de poids aux différences entre les œuvres, le juge de première instance a considéré une série de caractéristiques qui ne sont pas protégées par la législation sur le droit d’auteur comme formant une partie importante de l’œuvre. Ils affirment que *Sucroë* reproduit, tout au plus, des idées véhiculées dans *Curiosité*, des éléments qui relèvent du domaine public (comme le protagoniste du roman de Daniel Defoe qui remonte à près de 300 ans) et d’autres éléments qui ne sont pas originaux au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[43] Je vais d’abord examiner l’argument selon lequel *Sucroë* n’est que la reproduction de l’idée d’une série télévisée pour enfants portant sur un personnage inspiré de *Robinson Crusoe* qui habite sur une île tropicale, plutôt que de l’expression de cette idée par M. Robinson. Je ne peux retenir cet argument. Le juge de première instance a clairement fondé sa conclusion selon laquelle une partie importante avait été reproduite non pas sur l’idée qui sous-tend *Curiosité*, mais sur la façon dont M. Robinson a exprimé cette idée. Il a affirmé que

appearance and several aspects of the personality of *Curiosity's* protagonist were copied; the personalities of the secondary characters that gravitate around *Curiosity's* protagonist were copied; and the graphic appearance of the makeshift village that these characters inhabit was also copied in part (paras. 685 and 824-26). These findings are not confined to the reproduction of an abstract idea; they focus on the detailed manner in which Robinson's ideas were expressed.

[44] This leaves the second argument — the suggestion that to the extent that the characters and setting of *Sucroë* replicated those found in *Curiosity*, these are generic elements that are not protected by copyright law. The story of a man marooned on an island interacting with animals, native inhabitants, and the environment is archetypal and has been reproduced for centuries, the Cinar appellants assert.

[45] Again, the trial judge's findings refute this contention. He found that *Curiosity* was an original work, within the meaning of the *Copyright Act*. He based this not on the generic nature of the characters, but on their distinct visual appearance and particular personalities, which were the product of Robinson's skill and judgment. Nor was *Curiosity's* island an entirely generic island; the trial judge cited particular visual elements of the setting that Robinson had conceived and that the Cinar appellants had copied.

[46] The development of a group of characters that have specific personality traits and whose interactions hinge on those personalities can require an exercise of skill and judgment sufficient to satisfy the *Copyright Act's* originality criterion: see for example *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. v. Favreau* (1999), 177 D.L.R. (4th) 568 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xi. *Sucroë* reproduces more than generic elements which all

la structure de base du projet de série télévisée de M. Robinson avait été reprise. Il a aussi conclu que la présentation graphique et plusieurs traits de personnalité du personnage principal de *Curiosité* avaient été repris, qu'il en était de même de la personnalité des personnages secondaires qui gravitent autour du protagoniste dans *Curiosité* et que la présentation graphique du village où habitent ces personnages avait pour sa part été reprise en partie (par. 685 et 824-826). Ces conclusions ne se limitent pas à la reproduction d'une idée abstraite; elles mettent l'accent sur l'expression détaillée des idées de M. Robinson.

[44] Il reste donc le deuxième argument selon lequel, dans la mesure où les personnages et les lieux dans *Sucroë* étaient une reproduction de ceux figurant dans *Curiosité*, ces éléments, génériques, ne sont pas protégés par la législation sur le droit d'auteur. Selon les appelants Cinar, le récit d'un homme abandonné sur une île et qui interagit avec les animaux, les habitants et l'environnement du lieu en question est une histoire type reprise depuis des siècles.

[45] Là encore, les conclusions du juge de première instance réfutent cet argument. Il a conclu que *Curiosité* était une œuvre originale au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il a fondé cette conclusion non pas sur la nature générique des personnages, mais sur leur présentation visuelle singulière et leur personnalité particulière, qui sont le fruit du talent et du jugement de M. Robinson. L'île dans *Curiosité* n'était pas non plus une île complètement générique. Le juge de première instance a cité des éléments visuels précis du lieu qui avaient été conçus par M. Robinson et reproduits par les appelants Cinar.

[46] L'élaboration de plusieurs personnages ayant des traits de personnalité particuliers et dont les interactions dépendent de ces traits de personnalité requiert un exercice de talent et de jugement suffisant pour satisfaire au critère d'originalité de la *Loi sur le droit d'auteur* : voir par exemple *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xi. L'émission *Sucroë* n'est pas seulement

are free to draw upon for inspiration. It reproduces *Curiosity's* particular combination of characters with distinct personality traits, living together and interacting on a tropical island — elements that represent a substantial part of the skill and judgment expressed in *Curiosity*.

[47] In essence, the aspects of the trial judge's reasons that the Cinar appellants take issue with are findings of mixed fact and law. They invite this Court to embark on a fresh assessment of the features copied from *Curiosity*. I would decline to do so. They have failed to demonstrate palpable or overriding errors in the trial judge's findings on substantiality.

(d) *Did the Trial Judge Err by Relying on Inadmissible Expert Evidence?*

[48] The Cinar appellants argue that the trial judge based the bulk of his findings regarding substantial copying on inadmissible expert evidence — the evidence of a semiologist, Dr. Charles Perraton. Semiology is the study of signs and symbols and how they convey meaning. Dr. Perraton offered evidence that, quite apart from the surface meaning of the works at issue, there were latent similarities in how the two works used atmosphere, dynamics, motifs, symbols, and structure to convey meaning. The trial judge relied on this evidence in concluding that the Cinar appellants had copied a substantial part of Robinson's work.

[49] For expert evidence to be admitted at trial, it must (a) be relevant; (b) be necessary to assist the trier of fact; (c) not offend any exclusionary rule; and (d) involve a properly qualified expert: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. These criteria apply to trials for copyright infringement, as they do in

la reproduction d'éléments génériques dont tous peuvent s'inspirer. Elle est également la reproduction de la combinaison particulière de personnages qui figurent dans *Curiosité* et qui ont des traits de personnalité distincts, habitent ensemble et interagissent sur une île tropicale — des éléments qui représentent une partie importante du talent et du jugement exprimés dans *Curiosité*.

[47] En fait, les appelants Cinar contestent essentiellement des conclusions mixtes de fait et de droit que le juge de première instance a tirées dans ses motifs. Ils invitent la Cour à procéder à une nouvelle évaluation des caractéristiques reproduites de *Curiosité*. Je décline cette invitation. Les appelants Cinar n'ont pas prouvé que les conclusions du juge de première instance relatives à l'importance de la partie reproduite de l'œuvre sont entachées d'erreurs manifestes ou dominantes.

d) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?*

[48] Les appelants Cinar soutiennent que le juge de première instance a fondé la majeure partie de ses conclusions relatives à la reproduction d'une partie importante de l'œuvre sur le témoignage inadmissible d'un expert sémiologue, le D^r Charles Perraton. La sémiologie est l'étude des signes et des symboles ainsi que de la façon dont ceux-ci transmettent un message. Le D^r Perraton a affirmé que, indépendamment des similitudes visuellement observables entre les œuvres en question, il y avait des similitudes latentes dans la façon dont les deux œuvres avaient utilisé l'ambiance, la dynamique, les motifs, les symboles et la structure pour transmettre un message. Le juge de première instance s'est fondé sur ce témoignage pour conclure que les appelants Cinar avaient reproduit une partie importante de l'œuvre de M. Robinson.

[49] Pour que la preuve d'expert soit admise au procès, elle doit a) être pertinente; b) se révéler nécessaire pour aider le juge des faits; c) ne pas contrevenir à une règle d'exclusion; et d) être présentée par un expert suffisamment qualifié : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Ces critères s'appliquent

other intellectual property cases: *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 75.

[50] The Cinar appellants argue that the second criterion — necessity of the evidence — is not met in the case at hand. The expert evidence was not necessary to assist the court, they say, because the question of whether a substantial part has been copied must be assessed from the perspective of the lay person in the intended audience for the works at issue: see *Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242 (F.C.T.D.), aff'd (1993), 53 C.P.R. (3d) 407 (F.C.A.); *Arbique v. Gabriele*, [1998] J.Q. n° 3794 (QL) (Sup. Ct.), aff'd 2003 CanLII 16298 (Que. C.A.). They argue that trial judges are well placed to understand a lay person's point of view and that the assistance of an expert is unnecessary to help them grasp this perspective.

[51] In my view, the perspective of a lay person in the intended audience for the works at issue is a useful one. It has the merit of keeping the analysis of similarities concrete and grounded in the works themselves, rather than in esoteric theories about the works. However, the question always remains whether a substantial part of the plaintiff's work was copied. This question should be answered from the perspective of a person whose senses and knowledge allow him or her to fully assess and appreciate all relevant aspects — patent and latent — of the works at issue. In some cases, it may be necessary to go beyond the perspective of a lay person in the intended audience for the work, and to call upon an expert to place the trial judge in the shoes of “someone reasonably versed in the relevant art or technology”: Vaver, at p. 187.

[52] To take an example, two pieces of classical music may, to the untrained ear, sound different,

tant aux procès pour violation du droit d'auteur qu'aux autres affaires de propriété intellectuelle : *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 75.

[50] Les appelants Cinar soutiennent que, en l'espèce, il n'a pas été satisfait au deuxième critère — la nécessité de la preuve. Selon eux, la preuve d'expert n'était pas nécessaire pour aider la cour parce que la question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été reproduite doit être évaluée du point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question : voir *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 242 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par (1993), 53 C.P.R. (3d) 407 (C.A.F.); *Arbique c. Gabriele*, [1998] J.Q. n° 3794 (QL) (C.S.), conf. par 2003 CanLII 16298 (C.A. Qué.). Ils affirment que le juge de première instance est bien placé pour comprendre le point de vue d'un tel profane et qu'il n'a pas besoin de l'aide d'un expert pour bien saisir ce point de vue.

[51] À mon avis, il est utile de connaître le point de vue du profane faisant partie de l'auditoire visé par les œuvres en question. La connaissance de ce point de vue présente un avantage, soit celui que l'analyse des similitudes demeure concrète et fondée sur les œuvres elles-mêmes plutôt que sur des théories ésotériques à propos des œuvres. Cependant, la question reste celle de savoir si une partie importante de l'œuvre du demandeur a été reproduite et il faut répondre à cette question du point de vue d'une personne dont le jugement et les connaissances lui permettent d'évaluer et d'apprécier pleinement tous les aspects pertinents — apparents ou latents — des œuvres en question. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas s'en tenir au point de vue d'un profane faisant partie de l'auditoire visé par l'œuvre et de demander à un expert d'éclairer le juge de première instance de manière à ce que celui-ci soit en mesure de poser sur les œuvres le regard d'une [TRADUCTION] « personne raisonnablement versée dans l'art ou la technologie en cause » : Vaver, p. 187.

[52] À titre d'exemple, deux œuvres de musique classique peuvent sembler différentes pour un

perhaps because they are played on different instruments, or at different tempos. An expert musician, however, might see similarities suggesting a substantial part has been copied — the same key signature, the same arrangement of the notes in recurring passages, or a recurrent and unusual harmonic chord. It will be for the judge to determine whether the similarities establish copying of a substantial part, to be sure. But in making that determination, the judge may need to consider not only how the work sounds to the lay person in the intended audience, but also structural similarities that only an expert can detect.

[53] In the present case, the necessity criterion of the test for the admissibility of expert evidence is satisfied. First, the works at issue are intended for an audience of young children. A rigid application of the “lay person in the intended audience” standard would unduly restrict the court’s ability to answer the central question, namely whether a substantial part of Robinson’s work was copied. It would shift the question to whether the copied features are apparent to a five-year-old.

[54] Second, the nature of the works at issue makes them difficult to compare. The trial judge was faced with the task of comparing a sprawling unrealized submission for a television show to a finished product that had aired on television. These are not works that are easily amenable to a side-by-side visual comparison conducted by a judge without the assistance of an expert.

[55] Finally, the works at issue had both patent and latent similarities. Or, as Dr. Perraton explained it, they shared “perceptible” and “intelligible” similarities. “Perceptible” similarities are those that can be directly observed, whereas “intelligible” similarities — such as atmosphere, dynamics, motifs, and structure — affect a viewer’s experience of the work

profane, peut-être parce qu’on les joue avec des instruments différents ou à un rythme différent. Cependant, un musicien averti pourrait entendre des similitudes donnant à penser qu’une partie importante de l’œuvre originale a été reproduite — la même armature de clef, le même arrangement des notes dans les passages récurrents, ou un accord harmonique récurrent et inhabituel. Certes, il reviendra au juge de déterminer si les similitudes permettent de conclure qu’une partie importante de l’œuvre originale a été reproduite. Cependant, pour trancher cette question, il pourrait devoir examiner non seulement la façon dont les œuvres sonnent à l’oreille d’un profane faisant partie de l’auditoire visé, mais aussi les similitudes structurales que seul un expert peut déceler.

[53] En l’espèce, il a été satisfait au critère de nécessité du test applicable pour juger de l’admissibilité d’un témoignage d’expert. Premièrement, les œuvres visent un auditoire de jeunes enfants. Une application stricte de la norme du « profane faisant partie de l’auditoire visé » limiterait indûment la capacité de la cour de répondre à la question qui est au cœur du présent pourvoi, soit celle de savoir si une partie importante de l’œuvre de M. Robinson a été reproduite. Cette approche déplacerait le débat puisqu’il faudrait alors déterminer si les caractéristiques reprises sont manifestes aux yeux d’un enfant de cinq ans.

[54] Deuxièmement, la nature des œuvres en question les rend difficiles à comparer. Le juge de première instance devait comparer le projet, en pleine élaboration, d’une émission de télévision qui n’avait pas été réalisée avec un produit fini qui avait été diffusé à la télévision. Ce ne sont pas des œuvres qui se prêtent facilement à une comparaison visuelle côte à côte menée par un juge sans l’aide d’un expert.

[55] Enfin, les œuvres en question avaient à la fois des similitudes apparentes et des similitudes latentes. Ou, comme l’a expliqué le D^r Perraton, elles partageaient des similitudes « perceptibles » et des similitudes « intelligibles ». Les premières sont celles qui peuvent être directement observées, tandis que les secondes — comme l’ambiance, la dynamique,

indirectly. Expert evidence was necessary to assist the trial judge in distilling and comparing the “intelligible” aspects of the works at issue, which he would not otherwise appreciate. Consequently, the trial judge did not err in admitting the expert evidence of Dr. Perraton.

(5) Conclusion

[56] The Cinar appellants have failed to establish that the trial judge erred in concluding that they copied a substantial part of Robinson’s work.

C. *The Personal Liability of Weinberg, Charest, and Davin for Infringement*

[57] France Animation, Cinar, Ravensburger, and RTV Family Entertainment no longer argue that they cannot be found liable in their capacity as producers of *Sucroë*. Nor does Izard argue that he cannot be found liable in his personal capacity. However, Weinberg, Charest, and Davin contend that they cannot be found personally liable for copyright infringement.

(1) Weinberg and Charest

[58] The trial judge found that Weinberg and Charest were personally liable for the infringement of Robinson’s copyright, since they deliberately and knowingly engaged in the infringement.

[59] Weinberg argues that Robinson failed to establish on a balance of probabilities that he and Charest knowingly engaged in copyright infringement, contending that they had little direct involvement in the creative process of *Sucroë*.

[60] For a director and/or officer to be held liable for his or her company’s infringement of a

les motifs et la structure — influent indirectement sur l’expérience vécue par le spectateur de l’œuvre. Le témoignage d’expert était nécessaire pour aider le juge de première instance à distiller et à comparer les aspects « intelligibles » des œuvres en question, qu’il n’aurait pas été en mesure d’apprécier sans ce témoignage. Par conséquent, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en admettant le témoignage d’expert du D^r Perraton.

(5) Résumé

[56] Les appelants Cinar n’ont pas réussi à démontrer que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu’ils avaient reproduit une partie importante de l’œuvre de M. Robinson.

C. *La responsabilité personnelle de M. Weinberg, de M^{me} Charest et de M. Davin pour violation du droit d’auteur*

[57] France Animation, Cinar, Ravensburger et RTV Family Entertainment ne soutiennent plus qu’ils ne peuvent pas être tenus responsables à titre de producteurs de *Sucroë*. De même, M. Izard ne prétend plus qu’il ne peut être tenu personnellement responsable. En revanche, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Davin soutiennent qu’ils ne peuvent être tenus personnellement responsables de la violation du droit d’auteur.

(1) M. Weinberg et M^{me} Charest

[58] Le juge de première instance a conclu que M. Weinberg et M^{me} Charest étaient personnellement responsables de la violation du droit d’auteur de M. Robinson puisqu’ils l’ont violé sciemment et délibérément.

[59] M. Weinberg prétend que M. Robinson n’a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que M^{me} Charest et lui avaient sciemment violé son droit d’auteur puisque, selon sa prétention, ils ont eu peu d’implication directe dans la création de *Sucroë*.

[60] Pour qu’un administrateur et/ou un dirigeant soit tenu responsable de la violation d’un droit

copyright, “there must be circumstances from which it is reasonable to conclude that the purpose of the director or officer was not the direction of the manufacturing and selling activity of the company in the ordinary course of his relationship to it but the deliberate, wilful and knowing pursuit of a course of conduct that was likely to constitute infringement or reflected an indifference to the risk of it”: *Mentmore Manufacturing Co. v. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (F.C.A.), at pp. 204-5, *per* Le Dain J.

[61] The trial judge concluded from the whole of the evidence that Weinberg and Charest deliberately, wilfully, and knowingly infringed Robinson’s copyright. This conclusion was supported by the evidence. The trial judge accepted testimony to the effect that Weinberg and Charest personally had access to and actively consulted Robinson’s drawings during the development of *Sucroë* (paras. 786-99). He drew adverse inferences from Weinberg and Charest’s persistent denials that they had access to Robinson’s work, despite the fact that they were given copies of the work and even made comments on it in the course of their consultations with Pathonic (paras. 254-58). The findings of personal liability are supported by the evidence and should not be set aside.

(2) Davin

[62] The trial judge found Davin, the chief executive officer of France Animation at the relevant time, personally liable for copyright infringement. He relied on evidence that Davin was involved in schemes orchestrated by Cinar in order to fraudulently obtain royalties and government subsidies, and noted that Davin was the hierarchical superior of Izard, who was personally involved in the copying of Robinson’s work. The Court of Appeal overturned this finding of personal liability on the ground that it was not supported by the evidence. I agree with the Court of Appeal’s conclusion.

d’auteur commise par sa société, « il existe [. . .] certainement des circonstances à partir desquelles il y a lieu de conclure que ce que visait l’administrateur ou le dirigeant n’était pas la conduite ordinaire des activités de fabrication et de vente de celle-ci, mais plutôt la commission délibérée d’actes qui étaient de nature à constituer une contrefaçon ou qui reflètent une indifférence à l’égard du risque de contrefaçon » : *Mentmore Manufacturing Co. c. National Merchandising Manufacturing Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (C.A.F.), p. 204-205, le juge Le Dain.

[61] À la lumière de l’ensemble de la preuve, le juge de première instance a conclu que M. Weinberg et M^{me} Charest avaient délibérément, volontairement et sciemment violé le droit d’auteur de M. Robinson. Cette conclusion était étayée par la preuve. Le juge a accepté le témoignage selon lequel M. Weinberg et M^{me} Charest avaient personnellement eu accès aux dessins de M. Robinson et les avaient consultés pendant l’élaboration de *Sucroë* (par. 786-799). Il a tiré des conclusions défavorables de la persistance de M. Weinberg et de M^{me} Charest à ne pas reconnaître qu’ils avaient eu accès à l’œuvre de M. Robinson, malgré le fait qu’ils avaient obtenu des copies de l’œuvre et même fait certains commentaires dans le cadre de leur mandat de consultants auprès de Pathonic (par. 254-258). Les conclusions selon lesquelles ils étaient personnellement responsables sont étayées par la preuve et ne devraient pas être annulées.

(2) M. Davin

[62] Le juge de première instance a tenu M. Davin, le président-directeur général de France Animation à l’époque pertinente, personnellement responsable de la violation du droit d’auteur. Pour ce faire, il s’est fondé sur des éléments de preuve démontrant que M. Davin avait participé à des stratagèmes de Cinar visant à toucher frauduleusement des redevances et des subventions gouvernementales. Il a aussi souligné que M. Davin était le supérieur de M. Izard qui, lui, avait personnellement participé à la reproduction de l’œuvre de M. Robinson. La Cour d’appel a infirmé cette conclusion selon laquelle M. Davin était personnellement responsable au motif qu’elle n’était pas étayée par la preuve. Je suis d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel.

[63] The trial judge established Davin’s liability by presumption, i.e. by the inductive process of inferring an unknown fact (Davin’s personal participation in copyright infringement) from known facts (Davin’s hierarchical position within France Animation and his participation in other fraudulent schemes): art. 2846 *CCQ*. Courts may only rely on presumptions that are “serious, precise and concordant”: art. 2849 *CCQ*; see also *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258, at p. 262.

[64] The evidence relied upon by the trial judge did not support a serious, precise and concordant presumption that Davin was personally, deliberately and knowingly involved in the copying of Robinson’s work, as required by *Mentmore*. The trial judge inferred Davin’s knowing and deliberate participation from general circumstantial evidence. He observed that Davin was a [TRANSLATION] “Teflon man” who had participated in fraudulent schemes (para. 835). However, these schemes were unrelated to the copying of Robinson’s work. Evidence of a dishonest and arrogant personality does not suffice to ground an inference of participation in copyright infringement. He also relied on Davin’s position as Izard’s hierarchical superior. Yet, this alone does not establish personal participation in copyright infringement. An officer of a corporation cannot be held personally liable for copyright infringement merely on the basis of his hierarchical status as officer.

[65] Robinson also argues that Davin “authorized” the copying of Robinson’s work, within the meaning of s. 3 of the *Copyright Act*. “Under s. 27(1) of the *Copyright Act*, it is an infringement of copyright for anyone to do anything that the Act only allows owners to do, including authorizing the exercise of his or her own rights”: *CCH*, at para. 37. As stated in *CCH*:

[63] Le juge de première instance a conclu à la responsabilité de M. Davin par présomption, c.-à-d. grâce au processus par lequel, de l’existence de faits connus (le poste occupé par M. Davin chez France Animation et sa participation à d’autres stratagèmes frauduleux), on induit l’existence d’un fait inconnu (la participation personnelle de M. Davin à la violation du droit d’auteur) : art. 2846 *CcQ*. Les tribunaux ne peuvent se fonder que sur des présomptions qui sont « graves, précises et concordantes » : art. 2849 *CcQ*; voir aussi *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258, p. 262.

[64] La preuve sur laquelle s’est fondé le juge de première instance n’appuyait pas une présomption grave, précise et concordante selon laquelle M. Davin avait personnellement, délibérément et sciemment participé à la reproduction de l’œuvre de M. Robinson, comme l’exige l’arrêt *Mentmore*. Le juge de première instance a déduit d’éléments de preuve circonstancielle générale que M. Davin y avait sciemment et délibérément participé. Il a souligné que M. Davin était le « personnage teflon » qui avait participé à des stratagèmes frauduleux (par. 835). Cependant, ces stratagèmes n’avaient rien à voir avec la reproduction de l’œuvre de M. Robinson. Or, la preuve d’une personnalité malhonnête et arrogante ne suffit pas à fonder une conclusion de participation à la violation d’un droit d’auteur. Le juge s’est aussi appuyé sur le statut de supérieur hiérarchique de M. Izard qu’avait M. Davin. Cela, pris isolément, ne permet toutefois pas d’établir sa participation personnelle à la violation du droit d’auteur. Le dirigeant d’une société ne saurait être tenu personnellement responsable de la violation d’un droit d’auteur sur la seule base de son statut de dirigeant.

[65] Monsieur Robinson prétend également que M. Davin a « autorisé » la reproduction de son œuvre, au sens de l’art. 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*. « Suivant le par. 27(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, constitue une violation du droit d’auteur l’accomplissement d’un acte que seul le titulaire du droit d’auteur a, en vertu de la Loi, la faculté d’accomplir, y compris autoriser l’exercice de ses propres droits » : *CCH*, par. 37. Comme la Cour l’a précisé dans l’arrêt *CCH* :

“Authorize” means to “sanction, approve and countenance” . . . Countenance in the context of authorizing copyright infringement must be understood in its strongest dictionary meaning, namely “[g]ive approval to; sanction, permit; favour, encourage” . . . Authorization is a question of fact that depends on the circumstances of each particular case and can be inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference . . . [References omitted; para. 38.]

[66] There is no evidence that Davin actively or passively authorized the copying of Robinson’s work in this sense. Indeed, the record fails to establish that Davin even knew or should have known that *Sucroë* was developed by copying Robinson’s work.

[67] Finally, Robinson argues that Davin is liable as a producer of *Sucroë*. His name appears as [TRANSLATION] “executive producer” in the show’s credits in Canada, and as “*producteur délégué*” in France. This alone is insufficient to hold Davin personally liable. As executive producer, he was acting as an officer of France Animation. It is France Animation, as a corporate entity distinct from its directors and officers, that reproduced a substantial part of Robinson’s work by commissioning and commercializing *Sucroë*. As the Court of Appeal correctly noted, various contracts establish that it is France Animation and its co-producers, Cinar and Ravensburger, who hired the production staff and assumed financial as well as artistic responsibility for the production of *Sucroë* (para. 141).

[68] I accordingly agree with the Court of Appeal that Davin cannot be held personally liable for copyright infringement on any of the grounds argued by Robinson.

D. *The Extra-contractual Liability of Cinar, Weinberg, and Charest*

[69] Having concluded that Cinar, Weinberg, and Charest are liable for copyright infringement, it is

« Autoriser » signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir » (« *sanction, approve and countenance* ») [. . .] Lorsqu’il s’agit de déterminer si une violation du droit d’auteur a été autorisée, il faut attribuer au terme « *countenance* » son sens le plus fort mentionné dans le dictionnaire, soit [TRADUCTION] « approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager » [. . .] L’autorisation est néanmoins une question de fait qui dépend de la situation propre à chaque espèce et peut s’inférer d’agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d’un degré suffisamment élevé d’indifférence . . . [Renvois omis; par. 38.]

[66] Rien n’indique que M. Davin a autorisé, activement ou passivement, la reproduction de l’œuvre de M. Robinson en ce sens. De fait, la preuve au dossier n’établit pas que M. Davin savait même ou aurait dû savoir que *Sucroë* était une reproduction de l’œuvre de M. Robinson.

[67] Enfin, M. Robinson prétend que M. Davin est responsable en tant que producteur de *Sucroë*. Son nom apparaît dans le générique de l’émission comme « producteur exécutif » au Canada, et comme « producteur délégué » en France. Ce seul fait ne suffit pas pour tenir M. Davin personnellement responsable. En tant que producteur exécutif, il agissait à titre de dirigeant de France Animation. C’est France Animation, à titre de personne morale distincte de ses administrateurs et de ses dirigeants, qui a reproduit une partie importante de l’œuvre de M. Robinson en commandant et en commercialisant *Sucroë*. Comme l’a souligné à juste titre la Cour d’appel, plusieurs contrats démontrent que ce sont France Animation et ses coproducteurs, Cinar et Ravensburger, qui ont engagé le personnel nécessaire à la réalisation et qui ont assumé la responsabilité de la production de *Sucroë*, tant sur le plan artistique que sur le plan financier (par. 141).

[68] Je conviens donc avec la Cour d’appel que M. Davin ne peut être tenu personnellement responsable de la violation du droit d’auteur pour l’un ou l’autre des motifs invoqués par M. Robinson.

D. *La responsabilité extracontractuelle de Cinar, de M. Weinberg et de M^{me} Charest*

[69] Vu ma conclusion que Cinar, M. Weinberg et M^{me} Charest sont responsables de la violation du

unnecessary to examine whether they can be found liable under Quebec's regime of extra-contractual liability. This form of liability was only argued in the alternative by Robinson and Nilem.

E. *Disgorgement of Profits*

[70] Pursuant to s. 35 of the *Copyright Act*, the trial judge awarded both compensatory damages to account for Robinson's losses (including non-pecuniary damages, discussed below) and 50 percent of the profits made by the infringers, against all the Cinar appellants, on a solidary basis.

[71] The Court of Appeal took issue with the trial judge's award of profits and made several corrections. First, it excluded \$1,117,816 in profits derived from *Sucroë's* soundtrack, on the ground that there was no causal link between the infringement and the soundtrack. Second, it found that the trial judge erred in characterizing a payment of \$684,000 from Ravensburger to France Animation (the "Ravensburger amount") as revenue, and excluded the amount from the calculation of profits. Third, it found that a payment of \$1,111,201 made by Cinar to a partnership called Jaffa Road (the "Jaffa Road amount") should have been characterized as an expense and deducted from the calculation of profits. Fourth, it held that only the corporate defendants should have been ordered to disgorge profits, and that under s. 35 of the *Copyright Act* profits can only be ordered disgorged on a joint basis. Finally, it modified the date from which to calculate interest and the additional indemnity on the award of profits.

[72] Having concluded that under s. 35 of the *Copyright Act* profits cannot be disgorged on a solidary basis, the Court of Appeal apportioned the total amount of profits between France Animation (60 percent), Ravensburger (15 percent), and Cinar (25 percent).

droit d'auteur, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils peuvent être tenus responsables sous le régime de responsabilité extracontractuelle du Québec. Cette forme de responsabilité n'a été invoquée que de façon subsidiaire par M. Robinson et Nilem.

E. *La restitution des profits*

[70] En application de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le juge de première instance a condamné tous les appelants Cinar à payer solidairement à M. Robinson des dommages-intérêts compensatoires pour l'indemniser de ses pertes (y compris des dommages-intérêts non pécuniaires, dont il sera question plus loin) et 50 p. 100 des profits réalisés par les auteurs de la contrefaçon.

[71] La Cour d'appel s'est dite en désaccord avec le juge de première instance quant à la restitution des profits accordée et y a apporté plusieurs corrections. Premièrement, elle a soustrait la somme de 1 117 816 \$ du calcul des profits provenant de la trame sonore de *Sucroë* au motif qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la contrefaçon et la trame sonore. Deuxièmement, elle a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en qualifiant de revenu la somme de 684 000 \$ versée par Ravensburger à France Animation (la « somme de Ravensburger ») et elle a soustrait ce montant du calcul des profits. Troisièmement, elle a conclu que la somme de 1 111 201 \$ versée par Cinar à une société de personnes nommée Jaffa Road (la « somme de Jaffa Road ») aurait dû être considérée comme une dépense et soustraite du calcul des profits. Quatrièmement, elle a conclu que seules les sociétés défenderesses auraient dû être condamnées à restituer les profits et que, selon l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*, ceux-ci ne peuvent être restitués que sur une base conjointe. Enfin, elle a modifié la date à retenir pour le calcul des intérêts et de l'indemnité additionnelle afférents à la restitution des profits.

[72] Ayant conclu que l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne permet pas la restitution solidaire des profits, la Cour d'appel a réparti le montant total des profits entre France Animation (60 p. 100), Ravensburger (15 p. 100) et Cinar (25 p. 100).

[73] Robinson and Nilem now seek to have the trial judge's entire award of profits reinstated. No appeal is brought against the award of compensatory damages ordered by the trial judge under s. 35 of the *Copyright Act* for Robinson's pecuniary losses.

[74] The trial judge refused to order an accounting of profits, a decision which has not been appealed. Instead, he calculated the net profits made from *Sucroë* on the basis of documentary evidence produced by the parties. As a result, this Court does not have the benefit of the type of detailed record that typically results from a taking of accounts, and must confine itself to the trial judge's findings of fact and the documentary evidence on the record before it.

[75] I will deal in turn with each of the alleged defects in the trial judge's award of profits.

(1) Profits From the *Sucroë* Soundtrack

[76] The soundtrack to *Sucroë* is the result of an independent creative process. It was not copied from Robinson's work, but rather was incorporated into the materials that were copied. Robinson argues that there is nevertheless a causal link between the infringement and the profits derived from the soundtrack. In his view, the soundtrack is an inextricable component of a television show that was created through a process of copyright infringement. The Cinar appellants, for their part, argue that since the soundtrack results from independent creation, there can be no causal link between the infringement and the profits related to musical rights.

[77] Section 35 of the *Copyright Act* provides that a defendant can be ordered to "disgorge its profit to the extent that such profit is caused by the infringement. The requirement for a [causal] link between infringement and profit may require

[73] Monsieur Robinson et Nilem demandent maintenant le rétablissement de la restitution des profits ordonnée par le juge de première instance. Aucun appel n'est interjeté à l'encontre de la condamnation par le juge de première instance à verser des dommages-intérêts compensatoires en application de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour compenser les pertes pécuniaires de M. Robinson.

[74] Le juge de première instance a refusé d'ordonner la reddition de compte, une décision qui n'a pas été portée en appel. Il a plutôt calculé les profits nets tirés de *Sucroë* en s'appuyant sur la preuve documentaire produite par les parties. Par conséquent, la Cour n'a pas à sa disposition le genre de dossier détaillé qui résulte habituellement d'une reddition de compte et doit se contenter, d'une part, des conclusions de fait du juge de première instance et, d'autre part, de la preuve documentaire au dossier.

[75] Je vais examiner à tour de rôle chacune des failles qu'il y aurait dans la restitution des profits ordonnée par le juge de première instance.

(1) Les profits provenant de la trame sonore de *Sucroë*

[76] La trame sonore de *Sucroë* est le fruit d'un processus de création indépendant. Elle n'est pas le fruit d'une copie de l'œuvre de M. Robinson; elle a plutôt été incorporée à l'œuvre reproduite. M. Robinson prétend qu'il existe malgré tout un lien de causalité entre la contrefaçon et les profits provenant de la trame sonore. Selon lui, cette dernière constitue un élément inextricable d'une émission de télévision qui a été créée en violant un droit d'auteur. Pour leur part, les appelants Cinar prétendent que, comme la trame sonore est le fruit d'une création indépendante, il ne peut y avoir de lien de causalité entre la contrefaçon et les profits afférents aux droits musicaux.

[77] Suivant l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*, un défendeur peut être condamné à [TRADUCTION] « restituer ses profits dans la mesure où ils découlent de la contrefaçon. Comme il doit y avoir un lien de causalité entre la contrefaçon et les profits,

that the profit be apportioned between that which is attributable to the infringement and that which is not”: McKeown, at p. 24-82.3 (emphasis added). The onus is on the infringer to “satisfactorily separate non-infringing from infringing activities”: Vaver, at p. 653; *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (2d Cir. 1939), per Learned Hand J. In some cases, “an infringer may so interweave the right-holder’s work with its own as to make separation impossible”: Vaver, at p. 637.

[78] The apportionment of profits between infringing and non-infringing components of a work is essentially a factual determination which is subject to judicial discretion: *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618 (C.A.), at para. 23; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.), at para. 9. An appellate court may only disturb the trial judge’s findings on apportionment if there are errors of law or palpable and overriding errors of fact (*Housen*).

[79] In the case at hand, the trial judge found that [TRANSLATION] “the music revenues cannot be dissociated from the overall . . . work” (para. 1016). The Court of Appeal disagreed and asked itself what profits would have been generated if the soundtrack had been commercialized as a separate product, independently of the infringing material (para. 196). It relied on the “differential profit” approach used in patent infringement cases, in which a comparison is made “between the defendant’s profit attributable to the invention and his profit had he used the best non-infringing option”: *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at para. 102.

[80] In my view, the Court of Appeal erred by interfering with the trial judge’s conclusion that the profits stemming from the soundtrack could not be dissociated from the profits derived from the

il peut être nécessaire de diviser ces derniers en profits attribuables à la contrefaçon et en profits non attribuables à la contrefaçon » : McKeown, p. 24-82.3 (je souligne). Il incombe au contrefacteur de [TRADUCTION] « dissocier, de façon satisfaisante, les activités qui constituent de la contrefaçon de celles qui n’en constituent pas » : Vaver, p. 653; *Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 106 F.2d 45 (2d Circ. 1939), le juge Learned Hand. Dans certains cas, « l’œuvre du contrefacteur est si inextricablement liée à celle du titulaire du droit d’auteur qu’il est impossible de les dissocier » : Vaver, p. 637.

[78] La répartition des profits entre les composantes d’une œuvre qui violent le droit d’auteur et celles qui ne le violent pas est essentiellement une décision factuelle qui relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal : *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [2001] 2 C.F. 618 (C.A.), par. 23; *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.), par. 9. La cour d’appel ne peut modifier les conclusions du juge de première instance sur la répartition des profits que si ce dernier a commis une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante (*Housen*).

[79] En l’espèce, le juge de première instance a conclu que « les revenus musicaux ne peuvent être dissociés de l’ensemble de l’œuvre » (par. 1016). La Cour d’appel n’était pas de cet avis et s’est demandée quels profits auraient été réalisés si la trame sonore avait été commercialisée comme un produit distinct, indépendamment du matériel qui viole le droit d’auteur (par. 196). Elle s’est fondée sur la méthode du « profit différentiel » utilisée dans les affaires de contrefaçon de brevet, méthode qui consiste à comparer « le profit que l’invention a permis au défendeur de réaliser à celui que lui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante » : *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, par. 102.

[80] À mon avis, la Cour d’appel a commis une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance selon laquelle il est impossible de dissocier les profits provenant de la trame sonore

infringing material. The “differential profit” approach on which the Court of Appeal relied is generally used in cases where an infringement allows the infringer to commercialize a good in a more profitable manner than he could have without the infringement. However, there is no evidence that the soundtrack could have been commercialized as a separate product if *Curiosity* had not been infringed in the first place. The soundtrack was only commercialized as a component of the television show *Sucroë*, which was itself created by copying a substantial part of Robinson’s work. The trial judge was entitled to conclude that the soundtrack had no stand-alone value, and that it generated profits only as an accessory to the television show. Consequently, he did not make a reviewable error in concluding that it was inappropriate to apportion profits to the soundtrack as a non-infringing component of the work.

(2) The Ravensburger Amount

[81] The Ravensburger amount represents \$684,000 that Ravensburger paid to France Animation. The trial judge characterized this as a form of revenue stemming from *Sucroë*. I agree with the Court of Appeal that this characterization constitutes a palpable and overriding error.

[82] The trial judge calculated the net profits stemming from *Sucroë* on a global basis, taking into account the revenue and expenses of all the coproducers. However, he treated the Ravensburger amount in isolation, looking only to the fact that it constituted a form of revenue for one of the coproducers, France Animation. This treatment of the Ravensburger amount was inconsistent with the global approach adopted elsewhere. The amount also represented an outlay of capital for another coproducer, Ravensburger. It was a contribution by Ravensburger to the financing of *Sucroë*, and its net effect was simply to partially shift the burden of the production expenses from France Animation to

de ceux tirés du matériel violant le droit d’auteur. La méthode du « profit différentiel » retenue par la Cour d’appel est généralement utilisée dans les affaires où la contrefaçon permet à son auteur de commercialiser un produit d’une façon plus rentable qu’il n’aurait pu le faire sans la contrefaçon. Cependant, rien n’indique que la trame sonore aurait pu être commercialisée de façon distincte si l’œuvre *Curiosité* n’avait pas été contrefaite au départ. La trame sonore a été commercialisée seulement à titre de composante de l’émission de télévision *Sucroë*, qui est elle-même une reproduction d’une partie importante de l’œuvre créée par M. Robinson. Le juge de première instance était en droit de conclure que la trame sonore n’avait aucune valeur en soi et qu’elle a généré des profits seulement à titre d’accessoire de l’émission de télévision. Par conséquent, il n’a pas commis une erreur susceptible de révision en concluant qu’il était inopportun de répartir les profits attribuables à la trame sonore en considérant celle-ci comme une composante de l’œuvre ne violant pas le droit d’auteur.

(2) La somme de Ravensburger

[81] La somme de Ravensburger désigne les 684 000 \$ que cette dernière a versés à France Animation. Le juge de première instance a qualifié cette somme de revenu provenant de *Sucroë*. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que cette qualification constitue une erreur manifeste et dominante.

[82] Le juge de première instance a calculé les profits nets tirés de *Sucroë* dans l’ensemble, en tenant compte des revenus et des dépenses de tous les coproducteurs. Cependant, il a analysé la somme de Ravensburger séparément, en s’attardant seulement au fait qu’il s’agissait d’une forme de revenu pour l’un des coproducteurs, France Animation. Cette analyse de la somme de Ravensburger ne concordait pas avec l’approche globale qu’il avait adoptée à l’égard des autres profits. La somme représentait aussi une dépense en capital pour un autre coproducteur, Ravensburger. Il s’agissait de la contribution de Ravensburger au financement de *Sucroë*, et elle a eu simplement pour effet net de

Ravensburger. The amount did not constitute a form of revenue for the group of co-producers *taken as a whole*. The Court of Appeal was correct to remove this amount from the revenues taken into account when calculating the profits generated by *Sucroë*.

(3) The Jaffa Road Amount

[83] Pursuant to a distribution agreement, Cinar sold an interest in *Sucroë* to Jaffa Road for \$1,853,333. It is not contested that this amount was collected by Cinar and constitutes revenue stemming from *Sucroë*. In a later agreement, Jaffa Road transferred back to Cinar the distribution rights for Canada and the United States. That agreement provided that a minimum payment of \$1,111,201 as part of a “revenue guarantee” would be due unconditionally by Cinar about a year after the execution of the agreement. The trial judge did not characterize this amount as an expense incurred by Cinar, whereas the Court of Appeal did.

[84] The substance of the trial judge’s finding was that the Cinar appellants had not proven the actual occurrence of a transfer of \$1,111,201 from Cinar to Jaffa Road (para. 1022). The document submitted to establish this payment provided only for a “revenue guarantee” to be paid a year from the moment of execution. No evidence was tendered to demonstrate that this guarantee was executed when it actually became due. The trial judge was entitled to conclude that this document did not constitute proof of payment of the amount. Contrary to the suggestion of the Court of Appeal, he had no obligation to take this evidence at face value. Consequently, I would not deduct this amount as an expense when calculating the profits from *Sucroë*.

(4) Ordering Disgorgement Against All Infringers on a Solidary Basis

[85] The trial judge ordered disgorgement against all the parties that he found liable for infringement on a solidary basis. The Court of Appeal held that this

faire passer, en partie, à Ravensburger le fardeau des dépenses de production qui incombait à France Animation. La somme ne constituait pas une forme de revenu pour le groupe de coproducteurs *pris dans son ensemble*. La Cour d’appel a donc eu raison de la soustraire des revenus pris en considération dans le calcul des profits générés par *Sucroë*.

(3) La somme de Jaffa Road

[83] Conformément à un contrat de distribution, Cinar a vendu pour 1 853 333 \$ à Jaffa Road ses droits sur *Sucroë*. Personne ne conteste que cette somme a été perçue par Cinar et qu’elle constitue un revenu tiré de *Sucroë*. Dans un contrat subséquent, Jaffa Road a rétrocédé à Cinar ses droits de distribution au Canada et aux États-Unis. Aux termes de ce contrat, une somme minimale de 1 111 201 \$ devait être versée par Cinar de façon inconditionnelle environ un an après la signature du contrat comme portion d’une « garantie de revenus ». Le juge de première instance n’a pas considéré cette somme comme une dépense engagée par Cinar. C’est toutefois ce qu’a fait la Cour d’appel.

[84] Selon le juge de première instance, essentiellement, les appelants Cinar n’avaient pas prouvé que Cinar avait réellement payé 1 111 201 \$ à Jaffa Road (par. 1022). Dans le document présenté pour prouver que ce paiement avait été fait, il était seulement indiqué qu’une « garantie de revenus » devait être versée un an après la signature du contrat. Aucune preuve n’a été produite pour démontrer que cette garantie a été versée à la date d’échéance. Le juge de première instance était en droit de conclure que ce document ne constituait pas une preuve de paiement. Contrairement à ce qu’a laissé entendre la Cour d’appel, il n’était pas tenu d’accorder foi à cette preuve. Par conséquent, je ne soustrairais pas cette somme à titre de dépense du calcul des profits provenant de *Sucroë*.

(4) La condamnation de tous les contrefacteurs à restituer solidairement les profits

[85] Le juge de première instance a condamné toutes les parties qu’il a tenues responsables de la contrefaçon à restituer solidairement les profits.

misconstrued the disgorgement remedy under s. 35 of the *Copyright Act*. It held that a defendant can only be made to disgorge profits that it made, as opposed to the profits of other defendants with whom it participated in an infringement.

[86] I agree with the Court of Appeal. Section 35 of the *Copyright Act* provides a dual remedy for copyright infringement: damages for the plaintiff's losses and disgorgement of the profits retained by the defendant. Disgorgement of profits under s. 35 is designed mainly to prevent unjust enrichment, although it can also serve a secondary purpose of deterrence: Vaver, at p. 650. It is not intended to compensate the plaintiff. This remedy is not subject to the principles that govern general damages awarded under Quebec's law of extra-contractual liability, whose aim is compensatory. Consequently, solidarity of profits ordered disgorged under s. 35 of the *Copyright Act* cannot be inferred from art. 1526 of the *CCQ*, which makes co-authors of a fault solidarily liable for the "obligation to make reparation for injury caused to another".

[87] Disgorgement under s. 35 of the *Copyright Act* goes no further than is necessary to prevent each individual defendant from retaining a wrongful gain. Defendants cannot be held liable for the gains of co-defendants by imposing liability for disgorgement on a solidary basis.

[88] For the same reasons, Weinberg, Charest, and Izard are not personally liable to disgorge profits. The profits from *Sucroë* were retained by the corporate entities that acted as co-producers. Weinberg, Charest, and Izard should not be required to disgorge profits that they did not retain in their personal capacity.

[89] Having concluded that disgorgement must be ordered on a joint basis, I would maintain the

La Cour d'appel a conclu que cette décision tenait d'une mauvaise interprétation du recours en restitution fondé sur l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle a conclu qu'un défendeur ne peut être condamné à restituer que les profits qu'il a réalisés, et non les profits touchés par les autres défendeurs avec lesquels il a participé à la contrefaçon.

[86] Je suis d'accord avec la Cour d'appel. L'article 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* offre deux remèdes pour la violation du droit d'auteur : des dommages-intérêts pour les pertes subies par le demandeur et la restitution des profits réalisés par le défendeur. La restitution des profits prévue à l'art. 35 vise principalement à empêcher l'enrichissement injustifié, bien qu'elle ait aussi une fonction dissuasive secondaire : Vaver, p. 650. Sa raison d'être n'est pas d'indemniser le demandeur. Ce recours n'est pas assujéti aux principes qui régissent les dommages-intérêts généraux octroyés en vertu du droit québécois de la responsabilité extra-contractuelle, qui visent un but compensatoire. Par conséquent, on ne peut pas déduire de l'art. 1526 du *CcQ* — qui impose aux coauteurs d'une faute « l'obligation [solidaire] de réparer le préjudice causé à autrui » — la solidarité de la restitution des profits ordonnée en application de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[87] La restitution des profits prévue à l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* se limite à ce qui est nécessaire pour empêcher chaque défendeur de conserver des gains illicites. On ne saurait donc tenir un défendeur responsable des gains des codéfendeurs en lui imposant l'obligation de restituer solidairement les profits.

[88] Pour les mêmes raisons, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard ne sont pas personnellement dans l'obligation de restituer les profits provenant de *Sucroë* puisque ceux-ci ont été conservés par les personnes morales qui ont agi à titre de coproducteurs. M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard ne devraient donc pas être tenus de restituer des profits qu'ils n'ont pas conservés en leur qualité personnelle.

[89] Ayant conclu que la restitution doit être ordonnée sur une base conjointe, je confirmerais la

Court of Appeal's apportionment. France Animation must disgorge 60 percent of the profits; Ravensburger, 15 percent; and Cinar, 25 percent.

(5) Interest and Additional Indemnity

[90] The trial judge applied interest and the additional indemnity (arts. 1618 and 1619 *CCQ*) to the award of profits from the date of the letter of demand, i.e. December 5, 1995.

[91] The Court of Appeal held that this amounted to imposing interest on the profits before they were earned. The profits ordered disgorged were earned during a period of over a decade, largely after December 5, 1995. Since the trial judge refused to order an accounting, it is impossible to apply the interest with precision. Consequently, the Court of Appeal applied interest and the additional indemnity from a date situated roughly at the halfway point of the period during which *Sucroë* generated revenue, i.e. July 1, 2001.

[92] The Court of Appeal's solution was fair in the circumstances of this case. The parties ordered to disgorge profits should not pay interest from a date clearly prior to the period during which the bulk of the profits were earned.

F. *Non-pecuniary Damages*

[93] The trial judge awarded Robinson \$400,000 in non-pecuniary damages as compensation for his psychological suffering. He analogized Robinson's psychological suffering to the injury sustained by a victim of defamation.

[94] The Court of Appeal reduced this award of damages to \$121,350. It reasoned that Robinson's physical symptoms of shock and depression stemmed from a bodily injury. Therefore, the trial judge should have applied the cap on non-pecuniary damages established by this Court in the *Andrews* trilogy.

répartition des profits décrétée par la Cour d'appel. France Animation doit ainsi restituer 60 p. 100 des profits, Ravensburger, 15 p. 100, et Cinar, 25 p. 100.

(5) Les intérêts et l'indemnité additionnelle

[90] Le juge de première instance a ajouté les intérêts et l'indemnité additionnelle (art. 1618 et 1619 *CcQ*) aux profits à restituer, et ce, à partir de la date de la mise en demeure, soit le 5 décembre 1995.

[91] La Cour d'appel a conclu que cela revenait à imposer des intérêts sur les profits avant qu'ils ne soient réalisés. Les profits à restituer ont été réalisés sur une période de plus de 10 ans, mais majoritairement après le 5 décembre 1995. Comme le juge de première instance a refusé d'ordonner une reddition de compte, il est impossible de fixer les intérêts avec précision. Par conséquent, la Cour d'appel a ajouté les intérêts et l'indemnité additionnelle calculés à compter du 1^{er} juillet 2001, une date située approximativement au milieu de la période durant laquelle l'œuvre *Sucroë* a généré des revenus.

[92] La solution de la Cour d'appel était juste dans les circonstances de l'espèce. Les parties condamnées à restituer les profits ne devraient pas payer des intérêts à partir d'une date clairement antérieure à la période durant laquelle la majeure partie des profits a été réalisée.

F. *Les dommages-intérêts non pécuniaires*

[93] Le juge de première instance a accordé à M. Robinson 400 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires à titre de compensation pour son préjudice psychologique. Il a fait une analogie entre le préjudice psychologique subi par M. Robinson et le préjudice subi par une victime de diffamation.

[94] La Cour d'appel a réduit ces dommages-intérêts à 121 350 \$. Elle a expliqué que les symptômes physiques de choc et de dépression ressentis par M. Robinson étaient attribuables à un préjudice corporel. Par conséquent, selon la Cour d'appel, le juge de première instance aurait dû appliquer le plafond fixé aux dommages-intérêts non pécuniaires par la Cour dans la trilogie *Andrews*.

(1) Applicability of the *Andrews* Cap

[95] In the *Andrews* trilogy, this Court set a cap of \$100,000 on the non-pecuniary losses that can be recovered following catastrophic bodily injury. Non-pecuniary loss is a broad category that covers elements such as “loss of enjoyment of life, esthetic prejudice, physical and psychological pain and suffering, inconvenience, loss of amenities, and sexual prejudice”: *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 63; *Andrews*, at p. 264. In cases where the cap applies, it is adjusted to account for inflation during the time that has elapsed since the trilogy was decided in 1978: *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629, at pp. 640-41.

[96] Although the cap was articulated by this Court in the context of appeals from common law provinces, it is applied by Quebec courts when assessing non-pecuniary damages stemming from bodily injury: J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, at pp. 481-84; D. Gardner, *Le préjudice corporel* (3rd ed. 2009), at pp. 376-77. This is consistent with the concern, expressed in *Andrews*, that the amounts of these non-pecuniary damages awards “should not vary greatly from one part of the country to another. Everyone in Canada, wherever he may reside, is entitled to a more or less equal measure of compensation for similar non-pecuniary loss” (p. 263).

[97] However, the *Andrews* cap is inapplicable to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury, such as those that result from defamation: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 168; see also *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494, in which Lamer J. failed to attract a majority with his proposition that damages in civil law defamation cases should be capped.

(1) L’applicabilité du plafond fixé dans *Andrews*

[95] Dans la trilogie *Andrews*, la Cour a fixé un plafond de 100 000 \$ aux pertes non pécuniaires pour lesquelles il est possible d’obtenir réparation à la suite d’un préjudice corporel catastrophique. Les pertes non pécuniaires forment une catégorie qui regroupe des éléments disparates comme « la perte de jouissance de la vie, le préjudice esthétique, les douleurs et souffrances physiques et psychologiques, les inconvénients, de même que le préjudice d’agrément et le préjudice sexuel » : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 63; *Andrews*, p. 264. Dans les cas où le plafond s’applique, il est ajusté en fonction de l’inflation depuis les trois arrêts rendus en 1978 : *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, p. 640-641.

[96] Bien que le plafond ait été fixé par la Cour dans le cadre de pourvois provenant de provinces de common law, les tribunaux québécois l’appliquent lorsqu’ils évaluent les dommages-intérêts non pécuniaires découlant d’un préjudice corporel : J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7^e éd. 2007), vol. I, p. 481-484; D. Gardner, *Le préjudice corporel* (3^e éd. 2009), p. 376-377. Cette uniformité est compatible avec le souci, exprimé dans *Andrews*, selon lequel « [i]l ne devrait pas y avoir de trop grandes disparités dans les indemnités accordées au Canada [pour ce type de dommages non pécuniaires]. Tous les Canadiens, où qu’ils résident, ont droit à une indemnisation à peu près équivalente pour des pertes non pécuniaires semblables » (p. 263).

[97] Cependant, le plafond fixé dans *Andrews* ne s’applique pas aux dommages-intérêts non pécuniaires qui ne découlent pas d’un préjudice corporel, comme ceux qui résultent de la diffamation : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 168; voir aussi *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, où la proposition du juge Lamer selon laquelle les dommages-intérêts dans les affaires de diffamation en droit civil devraient être assujettis à un plafond n’a pas recueilli l’appui de la majorité de la Cour.

[98] The Cinar appellants argue (i) that a cap should be imposed on all non-pecuniary damages, regardless of whether they stem from bodily injury, and alternatively (ii) that the non-pecuniary damages in this case do in fact stem from bodily injury.

[99] On the first argument, I would decline to extend the scope of application of the *Andrews* cap beyond non-pecuniary damages stemming from bodily injury. In *Hill*, this Court refused to apply the cap to non-pecuniary damages stemming from defamation. The Court reasoned that the policy concerns specific to bodily injury cases identified in the *Andrews* trilogy — namely the socially burdensome inflation of the amounts awarded as non-pecuniary damages — had not been made out in the field of defamation law. Likewise, the Cinar appellants have not persuaded me that there is an imminent risk of a burdensome upward trend in non-pecuniary damages awarded in copyright infringement cases.

[100] On the second argument, I do not agree that Robinson's non-pecuniary damages can be characterized as stemming from bodily injury, within the meaning of art. 1607 of the *CCQ*. In Quebec civil law, an injury can only be characterized as a bodily injury (“*préjudice corporel*”) if “some form of a breach of physical integrity” is made out: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 62. In making this characterization, it is important to look to whether the act that caused the injury was itself a breach of the victim's physical integrity, rather than to whether the act had an impact on the physical health of the victim: Gardner, at p. 17. Conversely, “interferences with rights properly characterized as being of a moral nature will not be included within this class of claims”: *Schreiber*, at para. 64.

[101] The infringement of Robinson's copyright was not a breach of his physical integrity. The infringement caused severe shock resulting in deterioration of Robinson's physical health. However, as discussed, impact on a victim's physical health

[98] Les appelants Cinar prétendent (i) qu'un plafond devrait être imposé à tous les dommages-intérêts non pécuniaires, qu'ils découlent ou non d'un préjudice corporel et, subsidiairement (ii) que les dommages-intérêts non pécuniaires en l'espèce résultent en fait d'un préjudice corporel.

[99] En ce qui concerne le premier argument, je refuserais d'étendre l'application du plafond fixé dans *Andrews* au-delà des dommages-intérêts non pécuniaires découlant d'un préjudice corporel. Dans *Hill*, la Cour a refusé d'appliquer le plafond aux dommages-intérêts non pécuniaires découlant de la diffamation. Elle a conclu que les considérations de principe propres aux affaires de préjudice corporel identifiées dans la trilogie *Andrews* — notamment l'augmentation outrancière, lourde de conséquences systémiques, des sommes accordées à titre de dommages-intérêts non pécuniaires — n'avaient pas été établies en droit de la diffamation. De même, les appelants Cinar ne m'ont pas convaincue qu'il existe un risque imminent d'augmentation outrancière des sommes accordées à titre de dommages-intérêts non pécuniaires dans les affaires de violation de droits d'auteur.

[100] En ce qui concerne le deuxième argument, je ne suis pas d'accord pour dire que le préjudice non pécuniaire subi par M. Robinson découle d'un préjudice corporel au sens de l'art. 1607 du *CcQ*. En droit civil québécois, un préjudice ne peut être qualifié de préjudice corporel que si « la présence d'une atteinte à l'intégrité physique » est établie : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 62. Pour qualifier le préjudice, il importe de déterminer si l'acte qui a causé le préjudice était en soi une atteinte à l'intégrité physique de la victime, plutôt que de déterminer si l'acte a eu une incidence sur la santé physique de la victime : Gardner, p. 17. À l'inverse, « l'atteinte à des droits dûment qualifiés de droits d'ordre moral n'est pas incluse dans cette catégorie d'actions » : *Schreiber*, par. 64.

[101] La violation du droit d'auteur de M. Robinson n'était pas une atteinte à son intégrité physique. Certes, elle lui a causé un grave choc qui a entraîné une détérioration de sa santé physique. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, les

does not suffice to characterize the injury as a bodily injury, in the absence of a breach of physical integrity: see for example *Landry v. Audet*, 2011 QCCA 535 (CanLII), at para. 107, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. v. The Court of Appeal, with respect, lost sight of this distinction.

[102] It is more appropriate to characterize Robinson’s psychological suffering as a non-pecuniary damage stemming from *material* injury. Indeed, the infringement of copyright was a breach of Robinson’s property rights. It is the initial breach, rather than the consequences flowing from that breach, which serves to characterize the type of injury suffered. As Professor Gardner states it, [TRANSLATION] “the appropriation of Claude Robinson’s work is, for him, a material injury with pecuniary consequences (the profits generated by using it) and non-pecuniary consequences (the stress, emotional distress or, in other words, psychological injury that results from it)”: “Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations” (2012), 114 *R. du N.* 63, at p. 70. As discussed, the scope of application of the *Andrews* cap is limited; it does not apply to non-pecuniary damages stemming from material injury.

[103] Consequently, I conclude that in this case the Court of Appeal erred in applying the *Andrews* cap.

(2) Quantum

[104] The Cinar appellants contend that even if the *Andrews* cap is inapplicable to Robinson’s non-pecuniary damages, the trial judge nevertheless committed a palpable and overriding error by awarding a grossly disproportionate amount under this head of damages.

[105] In Quebec, the quantum of non-pecuniary damages is generally assessed by combining a conceptual approach, a personal approach, and a functional approach: *St-Ferdinand*, at paras. 72-73,

répercussions sur la santé physique de la victime ne suffisent pas à qualifier le préjudice de préjudice corporel en l’absence d’une atteinte à l’intégrité physique : voir par exemple *Landry c. Audet*, 2011 QCCA 535, [2011] R.J.Q. 570, par. 107, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. v. Avec égards, la Cour d’appel a perdu de vue cette distinction.

[102] Il convient davantage de qualifier les souffrances psychologiques subies par M. Robinson de préjudice non pécuniaire découlant d’un préjudice *matériel*. De fait, la violation du droit d’auteur constituait une violation des droits de propriété de M. Robinson. C’est la violation initiale, plutôt que les conséquences de cette violation, qui sert de fondement pour décider du type de préjudice subi. Comme l’affirme le professeur Gardner, « la spoliation de l’œuvre de Claude Robinson constitue pour lui un préjudice matériel avec des conséquences pécuniaires (les profits générés par son exploitation) et des conséquences non pécuniaires (le stress, les souffrances morales ou, dit autrement, le préjudice psychologique qui en résulte) » : « Revue de la jurisprudence 2011 en droit des obligations » (2012), 114 *R. du N.* 63, p. 70. Rappelons que le plafond fixé dans *Andrews* est d’application limitée; il ne s’applique pas à des dommages-intérêts non pécuniaires découlant d’un préjudice matériel.

[103] J’arrive donc à la conclusion que la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant le plafond fixé dans *Andrews* en l’espèce.

(2) Le montant des dommages-intérêts non pécuniaires

[104] Les appelants Cinar soutiennent que même si le plafond fixé dans *Andrews* ne s’applique pas aux dommages-intérêts non pécuniaires octroyés à M. Robinson, le juge de première instance a néanmoins commis une erreur manifeste et dominante en accordant une somme exagérément disproportionnée au titre de ces dommages-intérêts.

[105] Les tribunaux québécois établissent généralement le montant des dommages-intérêts non pécuniaires en combinant les approches conceptuelle, personnelle et fonctionnelle : *St-Ferdinand*,

75 and 77; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at para. 101. The conceptual approach measures loss “based on an appreciation of the objective seriousness of the injury”: *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. v. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872, at para. 83, *per* Kasirer J.A. The personal approach “seeks to evaluate, from a subjective point of view, the pain and inconvenience resulting from the injuries suffered by the victim”: *St-Ferdinand*, at para. 75, citing A. Wéry, “L’évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l’arbitraire?”, [1986] R.R.A. 355. The functional approach seeks to calculate the cost of measures that could provide solace to the victim: *Andrews*, at p. 262. These approaches “apply jointly, and thereby encourage a personalized evaluation” of non-pecuniary damages: *St-Ferdinand*, at para. 80.

[106] In addition to applying these approaches, courts assessing non-pecuniary damages should compare the case at hand to other analogous cases in which non-pecuniary damages were awarded: *Stations de la Vallée*, at para. 83. They must attempt to treat “like cases alike” (*ibid.*), by giving roughly similar compensation to victims whose injuries are alike when assessed from the point of view of the combined approaches discussed above. However, it is not helpful to compare cases where non-pecuniary damages are capped to those where they are not. Arguments to the effect that a victim of copyright infringement should not receive more compensation for non-pecuniary damages than an accident victim rendered quadriplegic carry no weight, since the *Andrews* cap applies as binding precedent in one case but not in the other.

[107] In this case, the trial judge relied heavily on the personal approach, emphasizing the subjective impact of the infringement of copyright on Robinson’s mental state and personal life. He bolstered his analysis by comparing Robinson’s anguish to the similar level of anguish experienced by the plaintiff in the defamation case *Société*

par. 72-73, 75 et 77; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 101. L’approche conceptuelle mesure la perte [TRADUCTION] « en fonction de la gravité objective du préjudice » : *Stations de la Vallée de Saint-Sauveur inc. c. M.A.*, 2010 QCCA 1509, [2010] R.J.Q. 1872, par. 83, le juge Kasirer. L’approche personnelle « s’attache plutôt à évaluer, d’un point de vue subjectif, la douleur et les inconvénients découlant des blessures subies par la victime » : *St-Ferdinand*, par. 75, citant A. Wéry, « L’évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles : du pragmatisme de l’arbitraire? », [1986] R.R.A. 355. Enfin, l’approche fonctionnelle vise à fixer une indemnité pour fournir à la victime une consolation : *Andrews*, p. 262. Ces approches « s’appliquent conjointement, favorisant ainsi l’évaluation personnalisée » des dommages-intérêts non pécuniaires : *St-Ferdinand*, par. 80.

[106] En plus d’appliquer ces approches, les tribunaux appelés à fixer le montant des dommages-intérêts non pécuniaires devraient comparer l’affaire dont ils sont saisis à d’autres affaires analogues où des dommages-intérêts non pécuniaires ont été octroyés : *Stations de la Vallée*, par. 83. Ils doivent tenter de traiter [TRADUCTION] « les cas semblables de semblable façon » (*ibid.*), en accordant des indemnités à peu près équivalentes aux victimes dont les préjudices sont semblables du point de vue des approches combinées dont il a été question précédemment. Cependant, il n’est pas utile de comparer des cas où les dommages-intérêts non pécuniaires sont plafonnés à des cas où ils ne le sont pas. Les arguments selon lesquels la victime d’une violation de son droit d’auteur ne devrait pas recevoir une indemnité plus élevée pour le préjudice non pécuniaire que la victime d’un accident devenue quadriplégique n’ont aucune valeur puisque le plafond fixé dans *Andrews* lie les tribunaux dans un cas, et non dans l’autre.

[107] En l’espèce, le juge de première instance s’est surtout fondé sur l’approche personnelle, soulignant les répercussions subjectives de la violation du droit d’auteur sur l’état mental et la vie personnelle de M. Robinson. Il a étayé son analyse en comparant l’angoisse subie par M. Robinson à celle subie par le demandeur dans l’affaire de diffamation

Radio-Canada v. Gilles E. Néron Communication Marketing inc., [2002] R.J.Q. 2639 (C.A.), aff'd 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95. In *Néron*, the Court of Appeal confirmed an award of non-pecuniary damages in the amount of \$300,000. The trial judge also looked to the *Hill* case, in which this Court awarded \$300,000 in general damages to a victim of defamation. He correctly took into account the fact that *Hill* had been decided over a decade before the case at hand, and that a valid comparison required the amount awarded to be adjusted for inflation.

[108] I agree with the trial judge that Robinson's non-pecuniary damages are analogous to those claimed by a victim of defamation. The product of Robinson's artistic exertions was taken from him and the integrity of his personal creative process was violated, causing deep psychological suffering. These harms are similar to those suffered by a victim of defamation.

[109] The trial judge had the advantage of observing Robinson in court over a long period of time and was well placed to conduct a personalized evaluation of his non-pecuniary damages. He made no palpable and overriding error in his assessment of Robinson's non-pecuniary damages.

G. *Punitive Damages*

[110] In addition to compensatory damages and disgorgement of profits, the trial judge awarded \$1,000,000 in punitive damages on a solidary basis, against Cinar, Weinberg, Charest, Izard, Davin, and France Animation. He justified this award largely by referring to the persistently dishonest behaviour of these parties: they had engaged in fraudulent schemes to obtain royalties and government subsidies, had lied repeatedly about their involvement in these schemes, had lied to the court about their access to Robinson's work, and had treated Robinson with callous disregard.

Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc., [2002] R.J.Q. 2639 (C.A.), conf. par 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95. Dans cette décision, la Cour d'appel avait confirmé l'octroi de 300 000 \$ à titre de dommages-intérêts non pécuniaires. Le juge de première instance a aussi examiné l'arrêt *Hill*, où la Cour a accordé 300 000 \$ en dommages-intérêts généraux à une victime de diffamation. Il a tenu compte à juste titre du fait que *Hill* avait été tranché plus de 10 ans avant le présent pourvoi et que, pour que la comparaison soit valable, il fallait ajuster la somme octroyée en fonction de l'inflation.

[108] Je conviens avec le juge de première instance que le préjudice non pécuniaire de M. Robinson est semblable à celui invoqué par une victime de diffamation. Le fruit des efforts artistiques de M. Robinson lui a été enlevé, l'intégrité de son processus de création a été violée, et cela a provoqué chez lui une profonde détresse psychologique. Ces souffrances ressemblent à celles subies par une victime de diffamation.

[109] Le juge de première instance a eu l'occasion d'observer M. Robinson en salle d'audience sur une longue période et il était bien placé pour procéder à une évaluation personnalisée de son préjudice non pécuniaire; il n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation.

G. *Les dommages-intérêts punitifs*

[110] Outre les dommages-intérêts compensatoires et la restitution des profits, le juge de première instance a condamné Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest, M. Izard, M. Davin et France Animation à payer solidairement 1 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs. Il a justifié en bonne partie l'octroi de ces dommages-intérêts en invoquant le comportement constamment malhonnête des parties en cause : elles ont participé à des stratagèmes frauduleux dans le but d'obtenir des redevances et des subventions gouvernementales, elles ont menti à répétition à propos de leur participation à ces stratagèmes, elles ont menti à la cour à propos de leur accès à l'œuvre de M. Robinson et elles ont fait preuve d'une totale indifférence à l'égard de ce dernier.

[111] The Court of Appeal reduced the award to \$250,000, and apportioned jointly: \$100,000 against Cinar, and \$50,000 against each of Weinberg, Charest and Izard. It held that the other defendants had not intentionally and deliberately violated Robinson's rights, and were thus not liable for punitive damages; that the nature of punitive damages requires them to be assessed and awarded on an individualized basis, which precludes solidarity; and that the award of punitive damages in Quebec is governed by a spirit of moderation.

[112] Robinson and Nilem submit that the trial judge's award of punitive damages is not in error and that the Court of Appeal should not have interfered with it.

(1) Statutory Basis for Punitive Damages

[113] In Quebec, punitive damages can only be awarded where they are provided for by a specific enabling enactment: art. 1621 *CCQ*. The courts below did not fully examine the basis for the punitive damages awarded in this case, although the Court of Appeal alluded to the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Charter*").

[114] Section 49 of the *Charter* provides that punitive damages may be awarded if there is an unlawful and intentional interference with any of the rights and freedoms that the *Charter* recognizes. The evidence establishes unlawful and intentional interference with several of Robinson's *Charter* rights. Copyright infringement is a violation of s. 6 of the *Charter*, which provides that "[e]very person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law": see *Construction Denis Desjardins inc. v. Jeanson*, 2010 QCCA 1287 (CanLII), at para. 47. Additionally, the infringement of copyright in this case interfered with Robinson's personal

[111] La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs à 250 000 \$, a conclu qu'ils devaient être payés conjointement et les a répartis de la façon suivante : 100 000 \$ pour Cinar, et 50 000 \$ chacun pour M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard. Elle a aussi conclu que les autres défendeurs n'avaient pas intentionnellement et délibérément violé les droits de M. Robinson et que, par conséquent, ils n'avaient pas à payer de dommages-intérêts punitifs; que les dommages-intérêts punitifs, compte tenu de leur nature, doivent être évalués et attribués de façon individuelle, ce qui exclut la solidarité; et que la modération est de mise dans l'attribution de dommages-intérêts punitifs au Québec.

[112] Monsieur Robinson et Nilem prétendent que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en attribuant des dommages-intérêts punitifs et que la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier sa décision.

(1) Le fondement législatif des dommages-intérêts punitifs

[113] Au Québec, des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être attribués que s'ils sont prévus par une loi particulière : art. 1621 *CcQ*. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas examiné en profondeur le fondement des dommages-intérêts punitifs attribués en l'espèce, bien que la Cour d'appel ait fait allusion à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte* »).

[114] Aux termes de l'art. 49 de la *Charte*, des dommages-intérêts punitifs peuvent être attribués en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit ou à une liberté reconnus par la *Charte*. La preuve démontre qu'il y a eu atteinte illicite et intentionnelle à plusieurs droits garantis par la *Charte* à M. Robinson. La violation du droit d'auteur est une violation de l'art. 6 de la *Charte*, qui prévoit que « [t]oute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi » : voir *Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287, [2010] R.J.Q. 1600, par. 47. De plus, la violation du droit d'auteur en l'espèce a porté atteinte aux

rights to inviolability and to dignity, recognized by ss. 1 and 4 of the *Charter*.

[115] An interference with the right to inviolability “must affect the victim’s physical, psychological or emotional equilibrium in something more than a fleeting manner”: *St-Ferdinand*, at para. 97. The trial judge made detailed findings of fact to the effect that Robinson’s psychological and emotional equilibrium was deeply affected as a result of the infringement and the ensuing legal proceedings (paras. 981-82).

[116] An interference with the right to dignity is a violation of “the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being and the respect that a person owes to himself or herself”: *St-Ferdinand*, at para. 105. In *Markarian v. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314 (CanLII), the Quebec Superior Court found that

[TRANSLATION] [a] lack of respect, contempt and degrading treatment constitute interference with dignity. They must reach a certain degree to be sanctioned under the Charter. [para. 589]

[117] Here, Cinar, Weinberg, Charest, and Izard consistently and contemptuously denied having access to Robinson’s work, and disparaged Robinson’s claims that they had copied his work. Their behaviour constitutes an interference with Robinson’s *Charter* right to dignity, and provides an additional basis for the award of punitive damages.

(2) The Parties Liable for Punitive Damages

[118] The Court of Appeal was correct to conclude that only Cinar, Weinberg, Charest, and Izard could be found liable for punitive damages. Under s. 49 of the *Charter*, punitive damages are only awarded if an interference with protected rights and freedoms is “intentional”. An interference is intentional “when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies

droits personnels de M. Robinson à l’intégrité et à la dignité, reconnus à l’article premier et à l’art. 4 de la *Charte*.

[115] L’atteinte au droit à l’intégrité « doit affecter de façon plus que fugace l’équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime » : *St-Ferdinand*, par. 97. Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait détaillées selon lesquelles l’équilibre psychologique et émotif de M. Robinson avait été profondément affecté par la contrefaçon et les procédures judiciaires qui ont suivi (par. 981-982).

[116] L’atteinte au droit à la dignité est une contravention au « respect auquel toute personne a droit du seul fait qu’elle est un être humain et au respect qu’elle se doit à elle-même » : *St-Ferdinand*, par. 105. Dans *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314, [2006] R.J.Q. 2851, la Cour supérieure du Québec a conclu que

[I]e manque de respect, le mépris et le traitement dégradant constituent des atteintes à la dignité. Ils doivent atteindre un certain degré pour être sanctionnés sous l’empire de la charte. [par. 589]

[117] En l’espèce, Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard ont constamment nié avoir eu accès à l’œuvre de M. Robinson et décrié avec mépris les allégations de M. Robinson selon lesquelles ils avaient reproduit son œuvre. Leur comportement constitue une atteinte au droit à la dignité garanti par la *Charte* à M. Robinson et un motif supplémentaire justifiant l’attribution de dommages-intérêts punitifs.

(2) Les parties tenues de payer des dommages-intérêts punitifs

[118] La Cour d’appel a eu raison de conclure que seuls Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard pouvaient être tenus de payer des dommages-intérêts punitifs. Aux termes de l’art. 49 de la *Charte*, des dommages-intérêts punitifs ne sont attribués que si l’atteinte aux droits ou aux libertés garantis par la *Charte* est « intentionnelle ». Une atteinte est intentionnelle lorsque « l’auteur de l’atteinte

a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause”: *St-Ferdinand*, at para. 121. The detailed findings of the trial judge establish intentional interference with protected rights by Cinar, Weinberg, Charest, and Izard.

[119] As discussed, the same cannot be said of Davin. The record does not support the contention that he had or should have had knowledge of the actions that gave rise to an interference with Robinson’s *Charter* rights. Nor can France Animation be said to have engaged in an intentional interference with Robinson’s rights as a result of its employer-employee relationship with Izard, who personally engaged in infringement. I agree with the Court of Appeal that Izard was a relatively low-level employee of France Animation and that the employer-employee relationship is not sufficient to hold France Animation liable for his intentional interference with Robinson’s rights under the *Charter*. In order to establish that an employer shares its employee’s intent to interfere with *Charter* rights, there must be evidence of factors such as “[o]rders given by the employer, knowledge of or failure to prohibit the unlawful acts, failure to order that the acts cease”, or the employee’s relatively elevated hierarchical position within the organization: *Gauthier*, at para. 111. These factors are not present here.

(3) Solidarity of Punitive Damages

[120] In my view, punitive damages cannot be awarded on a solidary basis under the *Charter*. I come to this conclusion for two reasons.

[121] First, there is no statutory basis, whether in the *Civil Code* or the *Charter*, for the solidarity

illicite a un état d’esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s’il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera » : *St-Ferdinand*, par. 121. Les conclusions détaillées du juge de première instance établissent que Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard ont intentionnellement porté atteinte à des droits garantis.

[119] Je le rappelle, on ne peut pas en dire autant de M. Davin. Le dossier n’étaye pas la prétention voulant qu’il ait été au courant des actes à l’origine de l’atteinte aux droits garantis par la *Charte* à M. Robinson ou aurait dû l’être. On ne peut pas affirmer non plus que France Animation a intentionnellement porté atteinte aux droits de M. Robinson du fait de sa relation employeur-employé avec M. Izard, qui a personnellement participé à la contrefaçon. Je conviens avec la Cour d’appel que ce dernier occupait un échelon relativement bas de la hiérarchie de France Animation et que la relation employeur-employé ne suffit pas pour tenir cette dernière responsable de l’atteinte intentionnelle par son employé aux droits garantis par la *Charte* à M. Robinson. Pour prouver qu’un employeur partage l’intention de son employé de porter atteinte à des droits garantis par la *Charte*, il faut établir l’existence d’éléments comme « [l]es ordres donnés par le commettant, la connaissance ou la non-interdiction des actes illicites, l’omission d’ordonner la cessation de ceux-ci » ou le niveau hiérarchique relativement élevé du poste de l’employé au sein de l’organisation : *Gauthier*, par. 111. Ces éléments ne sont pas présents en l’espèce.

(3) La solidarité des dommages-intérêts punitifs

[120] À mon avis, la *Charte* ne permet pas d’attribuer des dommages-intérêts punitifs sur une base solidaire. J’arrive à cette conclusion pour deux raisons.

[121] Premièrement, la solidarité des dommages-intérêts punitifs ne repose sur aucun fondement

of punitive damages. In Quebec civil law, solidarity of obligations between debtors is the exception, rather than the norm: D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at p. 1524. Article 1525 of the *CCQ* provides that “[s]olidarity between debtors is not presumed; it exists only where it is expressly stipulated by the parties or imposed by law.” Consequently, [TRANSLATION] “[i]n the absence of a contractual stipulation, solidarity is . . . available only if it is clearly provided for in a legislative provision”: J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at p. 710.

[122] The Quebec Court of Appeal’s jurisprudence is divided on the issue of whether there is a statutory basis for the solidarity of punitive damages awarded under the *Charter*. In *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, the court, *per* Dalphond J.A., held that art. 1526 of the *CCQ* provides a statutory basis for solidarity. It reasoned that the co-authors of an intentional interference with rights protected by the *Charter* are essentially in the same position as co-authors of an extra-contractual fault, who would be liable solidarily under art. 1526 of the *CCQ*.

[123] However, in *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, the court, *per* Pelletier J.A., found that art. 1526 of the *CCQ* does not provide a basis for awarding punitive damages on a solidary basis under the *Charter*. It noted that the provision applies to “[t]he obligation to make reparation for injury”. This wording suggests that solidarity between co-authors of a fault only applies to compensatory damages, the purpose of which is to repair injury. The purpose of punitive damages, by contrast, is not to repair injury, but rather to achieve prevention, deterrence, and denunciation.

législatif, que ce soit dans le *Code civil* ou dans la *Charte*. En droit civil québécois, la solidarité des obligations entre les débiteurs est l’exception, et non la règle : D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), p. 1524. L’article 1525 du *CcQ* précise que « [l]a solidarité entre les débiteurs ne se présume pas; elle n’existe que lorsqu’elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi. » « Pour réclamer le bénéfice de la solidarité, en l’absence de stipulation contractuelle, il faut donc pouvoir invoquer un texte législatif qui l’accorde clairement » : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, p. 710.

[122] La jurisprudence de la Cour d’appel du Québec est divisée sur la question de savoir si la solidarité des dommages-intérêts punitifs attribués en vertu de la *Charte* s’appuie sur un fondement législatif. Dans *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, le juge Dalphond a conclu, au nom de la Cour d’appel, que l’art. 1526 du *CcQ* fournit un fondement législatif à la solidarité puisque, selon son raisonnement, les coauteurs d’une atteinte intentionnelle à des droits garantis par la *Charte* se trouvent essentiellement dans la même situation que les coauteurs d’une faute extracontractuelle qui seraient tenus responsables solidairement en application de l’art. 1526 du *CcQ*.

[123] Cependant, dans *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, le juge Pelletier a conclu, au nom de la Cour d’appel, que l’art. 1526 du *CcQ* ne peut servir de fondement à l’attribution en vertu de la *Charte* de dommages-intérêts punitifs sur une base solidaire. La Cour d’appel a souligné que la disposition s’applique à « l’obligation de réparer le préjudice ». Cette formulation donne à penser que la solidarité entre les coauteurs d’une faute s’applique uniquement aux dommages-intérêts compensatoires, qui visent à réparer le préjudice. Or, les dommages-intérêts punitifs, eux, ont pour objectifs non pas la réparation du préjudice, mais la prévention, la dissuasion et la dénonciation.

[124] I prefer the reasoning and result in *Solomon*. The wording of art. 1526 of the *CCQ*, which emphasizes its application to the obligation to repair injury, does not extend to the *Charter*'s punitive damages regime. Moreover, in the years since both *Solomon* and *Genex* were decided, this Court has recognized that the punitive damages regime under the *Charter* is autonomous from the extra-contractual civil liability regime established under the *Civil Code: de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 44, *per* LeBel J. In my view, art. 1526 of the *CCQ* applies to extra-contractual fault causing injury and cannot ground the solidarity of punitive damages awarded under the *Charter*.

[125] The second reason for concluding that punitive damages cannot be awarded on a solidary basis is that this would be inconsistent with the principles set forth in art. 1621 of the *CCQ*, which provides:

1621. Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose.

Punitive damages are assessed in the light of all the appropriate circumstances, in particular the gravity of the debtor's fault, his patrimonial situation, the extent of the reparation for which he is already liable to the creditor and, where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person.

[126] Article 1621 of the *CCQ* expressly requires that the objectives of punitive damages — prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation of acts that are particularly reprehensible in the opinion of the justice system — be taken into account when awarding them: *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at para. 155, *per* LeBel and Cromwell JJ. Among the non-exhaustive list of factors that should be taken into account when assessing the quantum of punitive damages are “(1) the gravity of the debtor's fault, (2) the debtor's patrimonial situation, (3) the extent of the reparation for which the debtor is

[124] Je préfère le raisonnement et le résultat dans *Solomon*. Le libellé de l'art. 1526 du *CcQ*, qui souligne son application à l'obligation de réparer le préjudice, ne s'étend pas aux dommages-intérêts punitifs prévus par la *Charte*. En outre, depuis que les arrêts *Solomon* et *Genex* ont été rendus, la Cour a reconnu l'autonomie du régime de dommages-intérêts punitifs de la *Charte* par rapport au régime de responsabilité civile extracontractuelle établi dans le *Code civil : de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 44, le juge LeBel. À mon avis, l'art. 1526 du *CcQ* s'applique à la faute extracontractuelle qui entraîne un préjudice et ne peut servir de fondement à la solidarité des dommages-intérêts punitifs attribués en vertu de la *Charte*.

[125] La deuxième raison pour laquelle je suis arrivée à la conclusion que les dommages-intérêts punitifs ne peuvent être attribués sur une base solidaire est que cela serait incompatible avec les principes énoncés à l'art. 1621 du *CcQ*, selon lequel :

1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

[126] L'article 1621 du *CcQ* impose expressément la prise en compte des objectifs des dommages-intérêts punitifs — la prévention, la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation des actes qui sont particulièrement répréhensibles dans l'opinion de la justice : *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 155, les juges LeBel et Cromwell. Parmi les facteurs à prendre en compte au moment d'établir le montant des dommages-intérêts punitifs, mentionnons « (1) [. . .] la gravité de la faute du débiteur, (2) [. . .] sa situation patrimoniale ou (3) [. . .] l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que

already liable to the creditor and (4), where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person” (e.g. an insurer): *ibid.*, at para. 199.

[127] Both the objectives of punitive damages and the factors relevant to assessing them suggest that awards of punitive damages must be individually tailored to each defendant against whom they are ordered. This requirement of individualization militates against awarding punitive damages on a solidary basis.

[128] As art. 1621 of the *CCQ* makes clear, punitive damages “may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose”. Whether the quantum of damages is sufficient to ensure prevention is determined by looking to factors that, by their very nature, are specific to each individual defendant against whom punitive damages are awarded: V. Karim, *Les obligations* (3rd ed. 2009), vol. 2, at pp. 801-2. The gravity of the conduct of several co-defendants may vary from one defendant to the other (*ibid.*). As well, the patrimonial situation of co-defendants, the extent of the reparation for which they are already liable, and the assumption of payments by a third party are all factors that are specific to each defendant.

[129] It has been argued that awarding punitive damages on a solidary basis against the co-authors of an intentional interference with *Charter* rights would contribute to the preventive purpose of these damages. [TRANSLATION] “In some cases, such a condemnation cannot help but encourage individuals to refuse to participate in civil faults such as this for fear of having to pay punitive damages in the place of a co-author”: *Genex*, at para. 135, *per* Dalphond J.A.

[130] I agree that the possibility of being ordered to pay punitive damages on a solidary basis may have a deterrent effect. However, a properly tailored award of punitive damages, which takes into account the factors enumerated by art. 1621 of the *CCQ* and all other appropriate circumstances, will already achieve sufficient deterrence. Adding solidarity to a properly tailored award will only

(4) le cas échéant, [le] fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers » (p. ex. un assureur) : *ibid.*, par. 199.

[127] Les objectifs des dommages-intérêts punitifs et les facteurs pertinents pour les apprécier donnent à penser que ces dommages-intérêts doivent être adaptés à chaque défendeur condamné à les payer, ce qui milite contre leur attribution sur une base solidaire.

[128] Comme l’indique clairement l’art. 1621 du *CcQ*, les dommages-intérêts punitifs « ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». On détermine si le montant des dommages-intérêts est suffisant pour assurer la prévention en tenant compte de facteurs qui, de par leur nature même, sont propres à chaque défendeur condamné à verser des dommages-intérêts punitifs : V. Karim, *Les obligations* (3^e éd. 2009), vol. 2, p. 801-802. La gravité du comportement des codéfendeurs peut varier d’un défendeur à l’autre (*ibid.*). De même, la situation patrimoniale des codéfendeurs, l’étendue de la réparation à laquelle ils sont déjà tenus et la prise en charge des paiements par un tiers sont tous des facteurs qui sont propres à chaque défendeur.

[129] On soutient que condamner les coauteurs d’une atteinte intentionnelle à des droits garantis par la *Charte* à payer solidairement des dommages-intérêts punitifs serait favorable à la fonction préventive de ces dommages-intérêts. « [D]ans certains cas, une telle condamnation ne peut qu’inciter une personne à refuser de s’associer à la commission d’une telle faute civile de peur de devoir répondre de dommages punitifs en lieu et place d’un coauteur » : *Genex*, par. 135, le juge Dalphond.

[130] Je conviens que la possibilité d’être condamné à payer solidairement des dommages-intérêts punitifs peut avoir un effet dissuasif. Cependant, l’octroi de dommages-intérêts punitifs bien adaptés au défendeur et qui tient compte des facteurs énumérés à l’art. 1621 du *CcQ* et de toutes les autres circonstances pertinentes aura déjà un effet suffisamment dissuasif. Le fait de rendre solidaires ces

create a risk that the amount of punitive damages exceeds what is sufficient to ensure prevention. This would be the case where one of the defendants is insolvent, which would prevent co-defendants from recovering that defendant's share of the damages and effectively increase the punitive damages for which they are liable: *Jobin and Vézina*, at p. 716.

[131] I add this. In *St-Ferdinand*, this Court awarded punitive damages on a solidary basis. L'Heureux-Dubé J. (writing for the Court), held that "nothing . . . would prevent joint and several liability [from] operating" in the context of an award of punitive damages, "as it does in respect of other kinds of damages" (para. 131). However, *St-Ferdinand* was decided under the provisions of the *Civil Code of Lower Canada*. In my view, the legislative and jurisprudential developments since that ruling, in particular the introduction of art. 1621 of the *CCQ*, justify departing from the precedent set in that case.

[132] For these reasons, I conclude that the trial judge erred by awarding punitive damages under the *Charter* on a solidary basis.

(4) Quantum of Punitive Damages

[133] The Court of Appeal reduced the award of punitive damages from \$1,000,000 to \$250,000. In my view, the Court of Appeal was correct to reassess the trial judge's award of damages. However, it gave too little weight to the gravity of Cinar, Weinberg, Charest, and Izard's conduct. I would award an amount of \$500,000 in punitive damages.

[134] In *Richard*, this Court held that an appellate court may only interfere with a trial judge's assessment of punitive damages (1) if there is an error of law; or (2) if the amount is not rationally connected to the purposes for which the damages are awarded, namely prevention, deterrence (both specific and general), and denunciation (see para. 190).

dommages-intérêts punitifs fixés judicieusement ne ferait que créer le risque que leur montant excède ce qui est suffisant pour assurer la prévention. Ce serait le cas si l'un des défendeurs devenait insolvable, ce qui empêcherait les codéfendeurs de recouvrer la part des dommages-intérêts de ce défendeur et augmenterait en fait le montant des dommages-intérêts punitifs qu'ils devraient payer : *Jobin et Vézina*, p. 716.

[131] J'ajouterai ceci. La Cour a attribué des dommages-intérêts punitifs sur une base solidaire dans *St-Ferdinand*. S'exprimant au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que « rien [ne] s'oppose à ce que la solidarité joue » dans le contexte des dommages-intérêts punitifs « comme en matière de dommages d'une autre nature » (par. 131). Cependant, cet arrêt a été rendu en application des dispositions du *Code civil du Bas-Canada*. À mon avis, les développements législatifs et jurisprudentiels depuis cet arrêt, notamment l'adoption de l'art. 1621 du *CcQ*, justifient que l'on s'écarte du précédent établi dans cette affaire.

[132] Pour ces motifs, je conclus que le juge de première instance a commis une erreur en attribuant des dommages-intérêts punitifs en vertu de la *Charte* sur une base solidaire.

(4) Le montant des dommages-intérêts punitifs

[133] La Cour d'appel a réduit les dommages-intérêts punitifs de 1 000 000 \$ à 250 000 \$. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de réévaluer les dommages-intérêts octroyés par le juge de première instance. Cependant, elle n'a pas accordé suffisamment d'importance à la gravité du comportement de Cinar, de M. Weinberg, de M^{me} Charest et de M. Izard. J'accorderais donc 500 000 \$ en dommages-intérêts punitifs.

[134] La Cour a conclu dans *Richard* qu'une cour d'appel ne peut modifier le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance que (1) en présence d'une erreur de droit; ou que (2) lorsque ce montant n'a pas de lien rationnel avec les objectifs de l'attribution de dommages-intérêts punitifs, soit la prévention, la dissuasion (particulière et générale) et la dénonciation (voir par. 190).

[135] The Court of Appeal was justified in reducing the trial judge's award for punitive damages because the trial judge considered factors that were not relevant to the assessment. The trial judge took into account the fact that the Cinar appellants engaged in fraudulent schemes to obtain royalties and government subsidies to which they were not entitled. Here, punitive damages are being awarded because of an intentional interference with several of Robinson's rights under the *Charter*. Fraudulent schemes perpetrated against third parties may attract distinct remedies at civil law or sanctions at criminal law, but they are not relevant to the purposes pursued by this award of punitive damages. In light of this error of law, it is necessary to re-assess the quantum of punitive damages awarded by the trial judge: *Richard*, at para. 198.

[136] As discussed, punitive damages are assessed by looking to the purposes they serve — prevention, deterrence, and denunciation. Factors to be considered include the gravity of the debtor's fault; the debtor's patrimonial situation; the extent of the reparation for which the debtor is already liable to the creditor; and the fact that the payment of damages will be wholly or partly assumed by a third person: art. 1621 *CCQ*. I also note that, in Quebec civil law, "it is perfectly acceptable to use punitive damages, as is done at common law, to relieve a wrongdoer of its profits where compensatory damages would amount to nothing more than an expense paid to earn greater profits while flouting the law": *Richard*, at para. 206.

[137] In addition, particular attention must be paid to the gravity of the debtor's fault, which "is undoubtedly the most important factor": *Richard*, at para. 200. The gravity is assessed from two perspectives: ". . . the wrongful conduct of the wrongdoer and the seriousness of the infringement of the victim's rights" (*ibid.*).

[135] La Cour d'appel était justifiée de réduire le montant des dommages-intérêts punitifs octroyés par le juge de première instance puisque ce dernier a pris en considération des facteurs dénués de pertinence pour leur évaluation. Il a tenu compte du fait que les appelants Cinar avaient participé à des stratagèmes frauduleux pour obtenir des redevances et des subventions gouvernementales auxquelles ils n'avaient pas droit. Or, en l'espèce, des dommages-intérêts punitifs sont accordés en raison d'une atteinte intentionnelle à plusieurs droits garantis par la *Charte* à M. Robinson. Les stratagèmes frauduleux employés à l'endroit de tiers sont susceptibles d'entraîner des réparations distinctes en droit civil ou des sanctions pénales, mais ces réparations et sanctions n'ont rien à voir avec les objectifs visés par la condamnation à des dommages-intérêts punitifs en l'espèce. Compte tenu de cette erreur de droit, il faut réévaluer le montant des dommages-intérêts punitifs accordés par le juge de première instance : *Richard*, par. 198.

[136] Rappelons-le, les dommages-intérêts punitifs sont évalués en fonction des fins auxquelles ils sont utilisés : la prévention, la dissuasion et la dénonciation. Parmi les facteurs à prendre en considération figurent la gravité de la faute du débiteur, sa situation patrimoniale, l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier et le fait que la prise en charge du paiement des dommages-intérêts sera, en tout ou en partie, assumée par un tiers : art. 1621 *CcQ*. Je souligne également qu'en droit civil québécois, « [i]l est [. . .] tout à fait acceptable [. . .] d'utiliser les dommages-intérêts punitifs, comme en common law, pour dépouiller l'auteur de la faute des profits qu'elle lui a rapportés lorsque le montant des dommages-intérêts compensatoires ne représenterait rien d'autre pour lui qu'une dépense lui ayant permis d'augmenter ses bénéfices tout en se moquant de la loi » : *Richard*, par. 206.

[137] En outre, il faut accorder une attention particulière à la gravité de la faute du débiteur, qui « constitue sans aucun doute le facteur le plus important » : *Richard*, par. 200. Le degré de gravité s'apprécie sous deux angles : « . . . la conduite fautive de l'auteur et l'importance de l'atteinte aux droits de la victime » (*ibid.*).

[138] This said, punitive damages must be awarded with restraint. Article 1621 of the *CCQ* expressly provides that the award of punitive damages “may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose”. The typical range for punitive damages in Quebec is between \$5,000 and \$250,000: see review of the case law in the reasons of the Court of Appeal, at para. 249. However, in cases where the gravity of the conduct warrants it, punitive damages reaching \$1,000,000 or more have been awarded: *Markarian; Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595.

[139] In this case, the relevant factors point in different directions. On the one hand, the gravity of the conduct suggests a high amount of punitive damages. Cinar, Weinberg, Charest, and Izard engaged in intentional and calculated copyright infringement, which they planned to keep secret, all the while reaping profits from an internationally successful children’s television series. They persistently denied having copied any portion of Robinson’s work throughout the lengthy legal proceedings. Conduct of this nature threatens one of the fundamental goals of Canadian copyright law, namely “to prevent someone other than the creator [of a work] from appropriating whatever benefits may be generated”: *Théberge*, at para. 30. The impact of this conduct on Robinson was equally serious. It deprived him not only of a source of revenue, but also of his sense of proprietorship over a project that had deep personal significance for him. He experienced profound anguish. Insult was added to injury by the callous denials of copying and by insinuations to the effect that Robinson was simply an attention-seeking eccentric.

[140] On the other hand, Cinar, Weinberg, Charest, and Izard have already been found liable towards Robinson for substantial amounts of money. As the Court of Appeal noted, they will be largely deprived of any benefits they may have gained from the infringement.

[138] Cela dit, les dommages-intérêts punitifs doivent être accordés avec retenue. L’article 1621 du *CcQ* prévoit expressément que les dommages-intérêts punitifs « ne peuvent pas excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». Au Québec, les dommages-intérêts punitifs varient habituellement entre 5 000 \$ et 250 000 \$: voir l’examen de la jurisprudence dans les motifs de la Cour d’appel, par. 249. Cependant, dans les cas où la gravité du comportement le justifie, les tribunaux ont accordé des dommages-intérêts punitifs s’élevant à 1 000 000 \$ ou plus : *Markarian; Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595.

[139] Dans le présent pourvoi, les facteurs pertinents militent en faveur de résultats différents. D’une part, la gravité du comportement milite en faveur de dommages-intérêts punitifs élevés. Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard ont violé un droit d’auteur de manière intentionnelle et calculée. Ils prévoient garder le secret tout en tirant des profits d’une série télévisée pour enfants de renommée internationale. Ils ont continuellement nié avoir reproduit une partie de l’œuvre de M. Robinson pendant les longues procédures judiciaires. Une conduite de cette nature compromet la réalisation de l’un des objectifs fondamentaux visés par la législation canadienne sur le droit d’auteur, à savoir « l’assurance que personne d’autre que le créateur [de l’œuvre] ne pourra s’approprier les bénéfices qui pourraient être générés » : *Théberge*, par. 30. Les conséquences de ce comportement pour M. Robinson sont tout aussi graves. Ce dernier a non seulement été privé d’une source de revenus, mais aussi de son sentiment de paternité et de contrôle sur un projet auquel il attribuait une valeur presque indicible. Il a souffert d’une douleur profonde. Et comme si cela ne suffisait pas, les appelants Cinar ont nié impitoyablement avoir reproduit son œuvre et insinué que M. Robinson n’était qu’un excentrique en quête d’attention.

[140] D’autre part, Cinar, M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard ont déjà été condamnés à payer à M. Robinson des sommes d’argent importantes. Comme l’a souligné la Cour d’appel, ils seront privés en bonne partie des avantages qu’ils peuvent avoir tirés de la contrefaçon.

[141] I would award \$500,000 in punitive damages. The amount of \$1,000,000 awarded by the trial judge is too high. It was awarded on the basis of irrelevant factors and did not give sufficient weight to the substantial amounts awarded under other heads of damages. On the other hand, the amount of \$250,000 awarded by the Court of Appeal fails to fully reflect the gravity of the conduct and the need to deter others from engaging in similar conduct. The offending conduct was extremely lucrative; the penalties associated with it must be proportionally significant. An amount of \$500,000 reaches an appropriate balance between the overarching principle of restraint that governs these damages, on the one hand, and the need to deter conduct of this gravity, on the other.

[142] Since I have found that these damages cannot be awarded on a solidary basis, I must apportion them among the parties. The Court of Appeal held Cinar liable for two-fifths of the amount of punitive damages, and each of Weinberg, Charest, and Izard liable for one-fifth. This appears to be reasonable, considering that Cinar drew greater financial benefit from the infringement than Weinberg, Charest, or Izard.

IV. Conclusion

[143] I conclude that the copyright in *Curiosity* was infringed. The trial judge committed no reviewable errors in finding that *Sucroë* reproduced a substantial part of *Curiosity*. The Cinar appellants incorrectly argue for an approach that dissects Robinson's work into its constituent parts. Rather, a qualitative and holistic approach must be adopted. In order to determine whether a substantial part of Robinson's work was copied, the features that were copied by the Cinar appellants must be considered cumulatively, in the context of Robinson's work taken as a whole. This is precisely the approach adopted by the trial judge. In addition, the expert evidence relied upon by the trial judge in his analysis was admissible.

[141] J'accorderais 500 000 \$ en dommages-intérêts punitifs. Le montant de 1 000 000 \$ octroyé par le juge de première instance est trop élevé. Ce dernier a tenu compte de facteurs non pertinents et n'a pas accordé suffisamment d'importance aux sommes considérables octroyées au titre d'autres catégories de dommages-intérêts. En revanche, la somme de 250 000 \$ octroyée par la Cour d'appel ne reflète pas entièrement la gravité du comportement et la nécessité de dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement. Le comportement fautif s'est révélé extrêmement lucratif; les pénalités qui en découlent doivent être proportionnellement lourdes. Le montant de 500 000 \$ atteint un juste équilibre entre, d'une part, le principe de modération qui régit ces dommages-intérêts et, d'autre part, la nécessité de décourager un comportement de cette gravité.

[142] Vu ma conclusion que ces dommages-intérêts ne peuvent être attribués sur une base solidaire, je dois les répartir entre les parties. La Cour d'appel a condamné Cinar à payer les deux cinquièmes des dommages-intérêts punitifs, et M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard, à en payer un cinquième chacun. Cette décision semble raisonnable puisque Cinar a tiré plus d'avantages financiers de la contrefaçon que M. Weinberg, M^{me} Charest ou M. Izard.

IV. Conclusion

[143] Je conclus que le droit d'auteur relatif à *Curiosité* a été violé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que *Sucroë* était une reproduction d'une partie importante de *Curiosité*. Les appelants Cinar plaident, à tort, en faveur d'une approche qui dissèque l'œuvre de M. Robinson en ses éléments constitutifs. Il faut plutôt adopter une approche qualitative et globale. Pour déterminer si une partie importante de l'œuvre de M. Robinson a été reproduite, les caractéristiques reprises par les appelants Cinar doivent être examinées cumulativement en tenant compte de l'œuvre de M. Robinson dans son ensemble. C'est justement l'approche qu'a adoptée le juge de première instance. De plus, la preuve d'expert sur laquelle il s'est fondé dans son analyse était admissible.

[144] On the issue of liability, I agree with the Court of Appeal that the record does not ground a finding of personal liability against Davin. As for Weinberg, Charest, and Izard, their personal liability for infringement is engaged. I also find Cinar, France Animation, Ravensburger, and RTV Family Entertainment liable for infringement.

[145] My conclusions on the issue of infringement make it unnecessary to examine the extra-contractual liability of Cinar, Weinberg, and Charest.

[146] With respect to damages, I agree with the Court of Appeal that profits cannot be ordered disgorged on a solidary basis under s. 35 of the *Copyright Act*. I also agree that a payment made by Ravensburger to France Animation could not be treated as revenue for the purpose of calculating profits. However, unlike the Court of Appeal, I would include in the calculation of profits those profits associated with the soundtrack of *Sucroë*. I would also refrain from deducting from the profits a payment that was allegedly made by Cinar to Jaffa Road. Finally, I would maintain the Court of Appeal's apportionment with respect to the disgorgement of profits.

[147] On the issue of non-pecuniary damages, the Court of Appeal erred in applying the *Andrews* trilogy cap to damages that did not stem from bodily harm. I find that the trial judge committed no palpable and overriding error in his assessment and would reinstate the award of \$400,000.

[148] As regards punitive damages, I agree with the Court of Appeal that they cannot be awarded on a solidary basis. In addition, the Court of Appeal was correct to re-assess the quantum of damages, although it did not give sufficient weight to the gravity of the conduct in this case. I would award an amount of \$500,000. Cinar is liable for two-fifths

[144] S'agissant de la responsabilité, je conviens avec la Cour d'appel que le dossier ne permet pas de conclure à la responsabilité personnelle de M. Davin. Pour ce qui est de M. Weinberg, de M^{me} Charest et de M. Izard, ils sont personnellement responsables pour la contrefaçon. Je tiens aussi Cinar, France Animation, Ravensburger et RTV Family Entertainment responsables de la contrefaçon.

[145] Vu mes conclusions sur la contrefaçon, il n'est pas nécessaire d'examiner la responsabilité extracontractuelle de Cinar, de M. Weinberg et de M^{me} Charest.

[146] En ce qui concerne les dommages-intérêts, je conviens avec la Cour d'appel que les profits ne peuvent pas être restitués solidairement en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je partage également son avis que la somme d'argent versée par Ravensburger à France Animation ne pouvait pas être considérée comme un revenu aux fins du calcul des profits. En revanche, j'inclurais dans ce calcul les profits provenant de la trame sonore de *Sucroë*. Je ne déduirais pas non plus des profits la somme d'argent qui aurait été versée par Cinar à Jaffa Road. Finalement, je maintiendrais la répartition fixée par la Cour d'appel quant à la restitution des profits.

[147] En ce qui concerne les dommages-intérêts non pécuniaires, la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le plafond fixé dans la trilogie *Andrews* aux dommages-intérêts qui ne découlent pas d'un préjudice corporel. Pour ce qui est de leur montant, j'estime que le juge de première instance n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation et je rétablirais les dommages-intérêts non pécuniaires de 400 000 \$.

[148] En ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs, je conviens avec la Cour d'appel qu'ils ne peuvent être attribués sur une base solidaire. Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de réévaluer le montant des dommages-intérêts, mais elle n'a pas accordé suffisamment d'importance à la gravité du comportement en l'espèce. J'accorderais la somme

of that amount, and each of Weinberg, Charest, and Izard are liable for one-fifth.

[149] Finally, I agree with the Court of Appeal's solution with respect to the computation of interest and the additional indemnity.

[150] It follows that I would dismiss the appeals in files 34466, 34467, and 34468.

[151] With respect to file 34469, I would allow the appeal in part. Specifically, I would reinstate the profits from the *Sucroë* soundtrack and the Jaffa Road amount in the trial judge's calculation of profits; reinstate the trial judge's order of non-pecuniary damages; and award \$500,000 in punitive damages, subject to apportionment on a joint basis as discussed in these reasons.

[152] I would award Robinson and Nilem costs throughout, in addition to the trial judge's award of \$1,500,000 in solicitor-client costs for the proceedings at the trial level. The trial judge was well placed to observe the litigation strategy of the Cinar appellants, as well as all other factors relevant to exercising his discretion to award solicitor-client costs under the *Copyright Act*. I would decline to award Robinson and Nilem costs on a solicitor-client basis for the appeals before the Court of Appeal and this Court. There were serious points of law to argue and it is not established that, on appeal, the Cinar appellants acted in bad faith or otherwise conducted themselves in a manner that warrants an award of costs on a solicitor-client basis.

Appeals 34466, 34467 and 34468 dismissed. Appeal 34469 allowed in part with costs throughout.

Solicitors for the appellants (34466)/respondents (34469) Cinar Corporation and Les Films

de 500 000 \$. Cinar est condamnée à payer les deux cinquièmes de ce montant, et M. Weinberg, M^{me} Charest et M. Izard doivent en payer chacun un cinquième.

[149] Enfin, je souscris à la solution retenue par la Cour d'appel en ce qui concerne le calcul des intérêts et de l'indemnité additionnelle.

[150] Ainsi, je suis d'avis de rejeter les pourvois interjetés dans les dossiers 34466, 34467 et 34468.

[151] En ce qui concerne le dossier 34469, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi. Plus particulièrement, je rétablirais les profits provenant de la trame sonore de *Sucroë* et la somme de Jaffa Road dans le calcul que le juge de première instance a fait des profits, je rétablirais les dommages-intérêts non pécuniaires accordés par ce dernier et j'accorderais 500 000 \$ en dommages-intérêts punitifs, sous réserve de leur répartition sur une base conjointe conformément aux présents motifs.

[152] Je suis d'avis d'accorder à M. Robinson et à Nilem leurs dépens devant toutes les cours en plus des honoraires extrajudiciaires de 1 500 000 \$ pour les procédures de première instance accordés par le juge du procès. Ce dernier était bien placé pour observer la stratégie des appelants Cinar, ainsi que tous les autres facteurs à prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder des honoraires extrajudiciaires en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je suis d'avis de refuser d'octroyer à M. Robinson et à Nilem les dépens sur une base avocat-client pour les appels devant la Cour d'appel et devant notre Cour. Il y avait des questions de droit importantes à débattre et il n'est pas établi que, en appel, les appelants Cinar ont agi de mauvaise foi ou qu'ils se sont autrement conduits d'une manière qui justifie l'octroi de dépens sur la base avocat-client.

Pourvois 34466, 34467 et 34468 rejetés. Pourvoi 34469 accueilli en partie avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs des appelantes (34466)/intimées (34469) Cinar Corporation et Les Films Cinar inc.

Cinar inc. and for the respondent (34469) 3918203 Canada Inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondents (34466, 34467, 34468)/appellants (34469) Claude Robinson and Les Productions Nilem inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Mannella Gauthier Tamaro, Montréal.

Solicitors for the appellants (34468)/respondents (34469) Christophe Iazard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG and for the respondent (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent (34469) Christian Davin: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the appellants (34467)/respondents (34469) Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitors for the intervener Music Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

et de l'intimée (34469) 3918203 Canada Inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des intimés (34466, 34467, 34468)/appellants (34469) Claude Robinson et Les Productions Nilem inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Mannella Gauthier Tamaro, Montréal.

Procureurs des appelants (34468)/intimés (34469) Christophe Iazard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG et de l'intimée (34469) Videal Gesellschaft Zur Hertellung Von Audiovisuellen Produkten MHB : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimé (34469) Christian Davin : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs des appelants (34467)/intimés (34469) Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, ès qualités d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Music Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards and tribunals — Jurisdiction — Régie des rentes du Québec effecting partial termination of pension plan — Legislation amending Supplemental Pension Plans Act coming into force after Court of Appeal set aside Régie's decision and remitted case to Régie for redetermination — Whether it was open to Régie to take new statutory provisions into consideration in determining outcome of case — An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions, S.Q. 2008, c. 21 — Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 14.1, 228.1, 319.1.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC V. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

2. Securities — Standard of Review — Limitation of Actions — Appellant entering into settlement agreement with Ontario Securities Commission in respect to certain possible improper actions — B.C. Securities Commission initiating secondary proceedings based on settlement agreement — B.C. Securities Act establishing limitation period of six years from date of “events” giving rise to proceedings — Whether “events” triggering six-year limitation period are the underlying misconduct giving rise to the settlement agreement, or the settlement agreement itself — Whether the standard of review of the Commission's decision should be correctness or reasonableness — Having regard to the standard of review, whether there is any basis to interfere with the Commission's interpretation — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 159, 161(6)(d).

MCLEAN V. BRITISH COLUMBIA (SECURITIES COMMISSION), 895.

ARBITRATION

Interest — Expropriation — Province reducing forestry company's allowable annual cut to create park — Forestry company seeking compensation for partial expropriation — Arbitrator awarding forestry company compound interest from date when Province reduced allowable annual cut to date of award — Whether arbitrator could award compound or only simple interest

ARBITRATION — (Concluded)

— Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 28
— Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79, s. 1.

BRITISH COLUMBIA (FORESTS) V. TEAL CEDAR PRODUCTS LTD., 301.

CIVIL PROCEDURE

1. Class actions — Certification — Indirect purchasers — Plaintiffs suing defendants for unlawful conduct in overcharging for its PC operating systems and PC applications software — Plaintiffs seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether indirect purchaser actions are available as a matter of law in Canada — Whether certification requirements are met — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

PRO-SYS CONSULTANTS LTD. V. MICROSOFT CORPORATION, 477.

2. Class actions — Certification — Direct and indirect purchasers — Plaintiffs allege that defendants fixed price of high-fructose corn syrup and overcharged direct purchasers and overcharge was passed on to indirect purchasers — Whether indirect purchasers have right to bring action against alleged overcharger — Whether inclusion of indirect and direct purchasers in proposed class warrants dismissing action — Whether case meets certification requirement of having an identifiable class of indirect purchasers — Whether direct purchasers have cause of action in constructive trust — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

SUN-RYPE PRODUCTS LTD. V. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY, 545.

3. Class actions — Conditions for authorizing action — Direct and indirect purchasers — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Proposed group consisting of direct and indirect purchasers who suffered losses by absorbing, in whole or in part, inflated portion of price — Whether common questions arise — Whether cause of

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

action can be rooted in passing on of artificially inflated prices resulting from anti-competitive practices — Whether it is sufficient to prove aggregate loss at authorization stage — Whether representative and designated member are qualified to adequately represent members of proposed group — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1003, 1048.

INFINEON TECHNOLOGIES AG V. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

4. Class actions — Jurisdiction of Quebec court — Application for authorization to institute class action in order to recover damages from international manufacturers that had conspired to inflate price of microchips — Whether Quebec courts have jurisdiction over dispute between international manufacturers and group consisting of direct and indirect purchasers located in Quebec given that alleged wrongdoing that forms basis of claim occurred outside Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3148(3).

INFINEON TECHNOLOGIES AG V. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

5. Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).

AIC LIMITED V. FISCHER, 949.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers — Navigation and shipping — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Federal maritime legislation providing for action by dependants in case of death of person — Provincial workers' compensation legislation prohibiting actions in respect of injury against employer or worker if compensation payable — Fishermen dying in maritime accident — Dependants obtaining compensation under provincial workers' compensation scheme and bringing negligence action under federal

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

maritime legislation — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable to federal maritime negligence claims by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Whether provincial legislation constitutionally inoperative in respect of federal maritime negligence claims by reason of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(10) — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 44 — Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 6(2).

MARINE SERVICES INTERNATIONAL LTD. V. RYAN ESTATE, 53.

2. Charter of Rights — Mobility rights — Right to enter Canada — Minister refusing offender transfer request by Canadian citizen imprisoned abroad, on basis of security concerns — Constitutional challenge of provisions governing international transfer of offenders made by Canadian citizen imprisoned abroad — Whether statutory provisions giving Minister discretion to grant or deny transfer request violate right to enter Canada and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1) — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 8(1), 10(1)(a), (2)(a).

DIVITO V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 157.

3. Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Airplane luggage — Police suspecting accused, airline passenger, of transporting drugs — Police verifying accused's checked bag using drug detection dog — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether drug detection dog was sufficiently reliable for sniff search to be reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. CHEHIL, 220.

4. Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether accused was arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

R. V. MACKENZIE, 250.

5. Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether search was unreasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. V. MACKENZIE, 250.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

6. Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search — Police obtaining warrant not specifying grounds for obtaining evidence of ownership or occupancy of residence and not mentioning search of computers and cellular telephones — Whether search warrant properly permitting a search for documents evidencing ownership or occupation — Whether warrant authorized search of computers and cellular telephone — If search was unlawful, whether evidence obtained should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Vu, 657.

7. Charter of rights — Freedom of expression — Labour relations — Privacy — Union video-taping and photographing individuals crossing its picket line for use in its labour dispute — Whether legislation restricting the collection, use and disclosure of personal information violates union's expressive right under s. 2(b) of Charter and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER)
v. UNITED FOOD AND COMMERCIAL WORKERS, LOCAL
401, 733.

8. Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person right by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BEDFORD, 1101.

CONTRACTS

1. Restrictive covenants in agreement for sale of assets — Vendor subsequently becoming employee of purchaser under contract of employment — Whether restrictive covenants linked to contract of employment — Whether restrictive covenants reasonable as to their term and their territorial scope — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2095.

PAYETTE v. GUAY INC., 95.

2. Interpretation — Intention of parties — Intention declared in documents relating to transactions not reflecting common intention of parties because of errors made by professional advisors — Transactions having unforeseen tax consequences — Whether it is open to courts to intervene to find that amendments made by parties to documents associated with transactions were legitimate and necessary — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1425.

QUEBEC (AGENCE DU REVENU) v. SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC., 838.

COURTS

1. Jurisdiction — Appointment of amici curiae — Provincial Attorney General and amici curiae appointed by trial judges in criminal proceedings disagreeing on amici's rate of remuneration — Whether superior and statutory courts have inherent or implied jurisdiction to determine rate of remuneration of amici curiae.

ONTARIO v. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION OF
ONTARIO, 3.

2. Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge's findings on social and legislative facts.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BEDFORD, 1101.

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Application for extension of time — Appellant pleading guilty to 14 charges between 1996 and 2005 — Appellant found unfit to stand trial in 2011 for reason of intellectual disability — Appellant subsequently seeking to have convictions entered between 1996 and 2005 set aside — Majority of Court of Appeal dismissing application for extension of time to appeal convictions — Court of Appeal not erring in dismissing application for extension of time.

R. v. R.L., 418.

2. Defences — Provocation — Self-induced provocation — Whether fact that accused induced act or words said to constitute provocation precludes defence of provocation from being left to jury — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. CAIRNEY, 420.

3. Defences — Provocation — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether victim's provoking comments were sudden, in the sense that accused was caught unprepared and surprised by them — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. PAPPAS, 452.

4. Charge to jury — Eyewitness evidence — Whether trial judge instructed jury that it could convict accused based on eyewitness evidence alone — If so, whether such an instruction would constitute an error.

R. v. HAY, 694.

5. Evidence — Fresh evidence — Hair clipping evidence relied upon by Crown to explain accused's appearance at time of arrest as well as after-the-fact change of appearance — New forensic evidence reports and testimony to the effect that most hair clippings did not originate from scalp — Whether the accused's motion to adduce fresh evidence should be granted.

R. v. HAY, 694.

6. Offences — Uttering threats — Elements of offence — Actus reus — Mens rea — Respondent stating to fellow detainees that he would kill and/or harm Crown prosecutor,

CRIMINAL LAW — (Concluded)

officer-investigator and witnesses involved in his trial — Whether it is necessary to prove threats were conveyed to their subjects and/or that accused intended they be so conveyed — Whether lower courts erred in finding that elements of offence not made out — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. McRAE, 931.

EMPLOYMENT LAW

Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.

IBM CANADA LIMITED v. WATERMAN, 985.

ENVIRONMENTAL LAW

Offences — Obligation to report to Ministry of Environment discharge of contaminant into natural environment — Subcontractor's blasting operations propelling rock debris into air, damaging home and car — Subcontractor failing to report to Ministry of Environment discharge of contaminant — Whether reporting requirement triggered in this case — Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, s. 15(1).

CASTONGUAY BLASTING LTD. v. ONTARIO (ENVIRONMENT), 323.

FOOD AND DRUGS

Regulations — Validity — Province of Ontario enacting Regulations to effectively ban the sale of private label drugs by pharmacies — Purpose of Regulations to reduce drug prices — Whether Regulations are ultra vires on the ground that they are inconsistent with the statutory scheme

FOOD AND DRUGS — (Concluded)

and mandate — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Reg. 935, s. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, s. 12.0.2.

KATZ GROUP CANADA INC. V. ONTARIO (HEALTH AND LONG-TERM CARE), 810.

HEALTH LAW

Consent to withdrawal of treatment — Health practitioners — Physicians seeking to remove life support and provide palliative care to unconscious patient on basis that all appropriate treatments exhausted and continuation of life support of no medical benefit — Patient's substitute decision-maker disagreeing and refusing to provide consent — Whether withdrawal of treatment constitutes "treatment" under Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A — Whether consent regime under Act governs withdrawal of life support and therefore consent required — Whether substitute decision-maker's refusal to provide consent must be challenged before Consent and Capacity Board pursuant to the Act rather than in the courts under the common law — Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, ss. 2(1), 10(1)(b), 20, 21, 37.

CUTHBERTSON V. RASOULI, 341.

INTELLECTUAL PROPERTY

1. Copyright — Infringement — Damages — Quantum — Disgorgement of profits — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of profits — Whether liability for disgorgement of profits may be imposed on a solidary basis — Whether Andrews trilogy cap applies to non-pecuniary damages that do not stem from bodily injury — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's assessment of punitive damages — Whether punitive damages may be awarded on a solidary basis — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 35 — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1621 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

CINAR CORPORATION V. ROBINSON, 1168.

INTELLECTUAL PROPERTY — (Concluded)

2. Copyright — Infringement — Reproduction of a substantial part of an original work — Whether trial judge failed to follow correct approach in assessing whether a "substantial part" of a work was reproduced — Whether trial judge failed to give sufficient weight to differences between works at issue — Whether trial judge erred in finding that features of original work are protected by the Copyright Act — Whether trial judge erred by relying on inadmissible expert evidence.

CINAR CORPORATION V. ROBINSON, 1168.

LEGISLATION

Retroactivity — Declaratory provisions — Régie des rentes du Québec effecting partial termination of pension plan — Legislation amending Supplemental Pension Plans Act coming into force after Court of Appeal set aside Régie's decision and remitted case to Régie for redetermination — New declaratory provisions applying to pending cases — Whether dispute between parties was pending when provisions came into force — Whether Court of Appeal's judgment fully and definitively adjudicated rights and obligations of parties that resulted from partial termination of pension plan — Whether Régie was entitled to give effect to declaratory provisions in resolving dispute between parties — An Act to amend the Supplemental Pension Plans Act, the Act respecting the Québec Pension Plan and other legislative provisions, S.Q. 2008, c. 21 — Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 14.1, 228.1, 319.1.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC V. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

POLICE

Investigations — Special Investigations Unit — Right to counsel — Duty to make notes — Whether police officers have right to consult with counsel before making notes on incident — Whether police officers are entitled to basic legal advice as to nature of rights and obligations in connection with incident — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15,

POLICE — (Concluded)

s. 113 — Conduct and Duties of Police Officers Respecting Investigations by the Special Investigations Unit, O. Reg. 267/10, ss. 7, 9.

WOOD v. SCHAEFFER, 1053.

PROVINCIAL OFFENCES

1. Defences — Due diligence — Officially induced error — Conditions for availability of defence based on reasonable mistake of law — Whether official's passive conduct may be reasonably relied on as approval or inducement.

LA SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE v. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 756.

2. Financial products and services — Nature of offence — Strict liability — Insurance company charged with committing offence on number of occasions by helping or inducing, through its consent and/or authorization, third party to violate regulatory provision — Regulator not responding to written explanations from insurance company before issuing statements of offence — Whether offence at issue one of strict liability — If so, whether proof of mens rea required — Whether actus reus of offence proved beyond reasonable doubt — Whether offence is discrete offence or party liability offence — Whether single conviction should be substituted for multiple convictions entered at trial — Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2, ss. 482, 491.

LA SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE v. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 756.

PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Jurisdictional immunity — International organizations — Former senior manager of international organization headquartered in Canada filing wrongful dismissal suit — International organization claiming immunity under Order reflecting agreement with Canada — Whether claimed immunity applies — Meaning of immunities "required" for performance of functions — Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3(1).

AMARATUNGA v. NORTHWEST ATLANTIC FISHERIES ORGANIZATION, 866.

TAXATION

Income Tax — Corporations — Amalgamations — Amalgamating credit unions seeking to avoid flow-through of certain tax attributes to double claim capital cost allowance and reset preferred rate amount — Whether amalgamation a "qualifying amalgamation" satisfying requirements of s. 87 of the Income Tax Act — Whether "qualifying amalgamation" provisions apply to readjust amalgamated corporation's tax attributes — Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, c. 82, ss. 20, 23 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 87.

ENVISION CREDIT UNION v. CANADA, 191.

INDEX

ALIMENTS ET DROGUES

Règlements — Validité — Adoption, par la province de l'Ontario, de règlements ayant pour effet d'interdire effectivement la vente, par les pharmacies, de médicaments sous marque de distributeur — Règlements ayant pour objectif de réduire les prix des médicaments — Les règlements sont-ils ultra vires au motif qu'ils sont incompatibles avec l'objet et le mandat de la loi? — Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation, R.R.O. 1990, Règl. 935, art. 9 — Ontario Drug Benefit Act Regulation, O. Reg. 201/96, art. 12.0.2.

KATZ GROUP CANADA INC. C. ONTARIO (SANTÉ ET SOINS DE LONGUE DURÉE), 810.

ARBITRAGE

Intérêts — Expropriation — Réduction par la province de la coupe annuelle autorisée d'une entreprise forestière pour créer un parc — Indemnité demandée par l'entreprise forestière pour l'expropriation partielle — Intérêts composés accordés par l'arbitre à l'entreprise forestière pour la période allant de la date à laquelle la province a réduit la coupe annuelle autorisée jusqu'à celle de la sentence arbitrale — L'arbitre pouvait-il accorder des intérêts composés ou uniquement des intérêts simples? — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 28 — Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79, art. 1.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORÊTS) C. TEAL CEDAR PRODUCTS LTD., 301.

CONTRATS

1. Clauses restrictives figurant dans une convention de vente d'actifs — Vendeur devenu subséquemment l'employé de l'acheteur en vertu d'un contrat de travail — Les clauses restrictives se rattachent-elles au contrat de travail? — Les clauses restrictives sont-elles raisonnables quant à leur durée

CONTRATS — (Fin)

et leur portée territoriale? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2095.

PAYETTE C. GUAY INC., 95.

2. Interprétation — Intention des parties — Volonté déclarée dans des documents relatifs à des transactions ne reflétant pas la commune intention des parties en raison d'erreurs commises par des professionnels — Transactions entraînant des impacts fiscaux non prévus — Les tribunaux peuvent-ils intervenir pour constater la légitimité et la nécessité des modifications apportées par les parties aux documents afférents aux transactions? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425.

QUÉBEC (AGENCE DU REVENU) C. SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC., 838.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d'un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l'annulation de la décision de la Régie par la Cour d'appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l'affaire — La Régie pouvait-elle tenir compte des nouvelles dispositions déclaratoires pour statuer sur l'affaire? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC C. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

2. Valeurs mobilières — Norme de contrôle — Prescription — Règlement intervenu entre l'appelante et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario relativement à de possibles irrégularités — Instance secondaire engagée par la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. sur le

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

fondement de ce règlement — Loi sur les valeurs mobilières de la C.-B. prévoyant un délai de prescription de six ans à compter de « l'événement » qui donne lieu à l'instance — L'« événement » à partir duquel commence à courir le délai de six ans correspond-il à l'inconduite qui est à l'origine du règlement ou au règlement lui-même? — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Au regard de la bonne norme de contrôle, quelque élément justifie-t-il que l'on réforme l'interprétation de la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 159, 161(6)d).

MCLEAN C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SECURITIES COMMISSION), 895.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Droit d'action conféré aux personnes à charge d'un défunt par une loi maritime fédérale — Action en dommage prohibée contre l'employeur ou un travailleur par une loi provinciale sur les accidents du travail si une indemnité est payable au titre de cette loi — Décès de pêcheurs lors d'un accident en mer — Action en négligence intentée en vertu de la loi maritime fédérale par des personnes à charge subséquemment au versement à ces dernières d'une indemnité en vertu du régime provincial d'indemnisation des accidents du travail — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable aux actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard des actions en négligence fondées sur le droit maritime fédéral en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10) — Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 44 — Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 6(2).

MARINE SERVICES INTERNATIONAL LTD. C. RYAN (SUCCESSION), 53.

2. Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Extradition de l'accusé au Canada pour être jugé à l'égard de nombreuses accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence — Délai de plus de 14 ans

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

entre le dépôt des accusations et le procès, dont 12 environ sont imputables au temps mis par la Couronne à agir pour obtenir l'extradition de l'accusé — Demande d'arrêt des procédures présentée par l'accusé en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations et après celui-ci — Cette demande a été rejetée et l'accusé a été déclaré coupable au procès — Le droit de ce dernier d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé en raison du délai écoulé après le dépôt des accusations — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

DIVITO C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE), 157.

3. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Bagage à bord d'un avion — Accusé, passager de l'avion, soupçonné par la police de transporter de la drogue — Bagage enregistré de l'accusé soumis par la police à un contrôle par un chien détecteur de drogue — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — Le chien détecteur était-il suffisamment fiable pour que la fouille effectuée au moyen de l'animal soit jugée non abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. CHEHIL, 220.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Exclusion de la preuve que constitue la marijuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — La fouille était-elle abusive? — La preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. MACKENZIE, 250.

5. Charte des droits — Détention arbitraire — Exclusion de la preuve que constitue la marijuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

R. C. MACKENZIE, 250.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité de la fouille — Obtention par la police d'un mandat ne précisant pas les motifs de la recherche de preuves confirmant l'identité des propriétaires ou occupants d'une résidence et ne mentionnant pas la fouille d'ordinateurs et de téléphones cellulaires — Le mandat de perquisition autorisait-il dûment la recherche de documents confirmant l'identité des propriétaires ou occupants? — Le mandat autorisait-il

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

la fouille des ordinateurs et du téléphone cellulaire? — Si la fouille était illégale, la preuve obtenue devait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. Vu, 657.

7. Charte des droits — Liberté d'expression — Relations de travail — Droit à la vie privée — Syndicat filme et photographie des personnes franchissant sa ligne de piquetage pour se servir des enregistrements dans le cadre du conflit de travail en cours — La loi qui restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression du syndicat protégé par l'art. 2b) de la Charte et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER)
C. TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES UNIS DE L'ALIMENTATION ET DU COMMERCE, SECTION LOCALE 401, 733.

8. Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1j), 213(1)c).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEDFORD, 1101.

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Requête en prorogation de délai — Appellant a plaidé coupable à 14 chefs d'accusation entre 1996 et 2005 — Appellant a été jugé inapte à subir un

DROIT CRIMINEL — (Suite)

procès en 2011 en raison d'une déficience intellectuelle — Appellant cherche par la suite à faire casser les condamnations prononcées contre lui entre 1996 et 2005 — Juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent la requête en prorogation du délai pour en appeler des condamnations — La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en rejetant la requête en prorogation de délai.

R. c. R.L., 418.

2. Moyens de défense — Provocation — Provocation induite — Le fait que l'accusé a été à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il que la défense de provocation puisse être soumise à l'appréciation du jury? — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et conféraient-ils une vraisemblance au moyen de défense? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. CAIRNEY, 420.

3. Moyens de défense — Provocation — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et rendaient-ils le moyen de défense vraisemblable? — Les remarques provocatrices de la victime ont-elles été soudaines au sens où elles étaient inattendues et ont pris l'accusé par surprise? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. PAPPAS, 452.

4. Exposé au jury — Déposition d'un témoin oculaire — Le juge du procès a-t-il donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur le seul fondement de la déposition d'un témoin oculaire? — Dans l'affirmative, pareille directive était-elle erronée?

R. c. HAY, 694.

5. Preuve — Nouvel élément de preuve — Bouts de poils mis en preuve par le ministère public pour expliquer l'apparence de l'accusé au moment de son arrestation et la modification de son apparence après le fait — Nouveaux rapports et témoignages d'experts en criminalistique indiquant que la plupart des bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu — Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de l'accusé en production de nouveaux éléments de preuve?

R. c. HAY, 694.

6. Infractions — Proférer des menaces — Éléments de l'infraction — Actus reus — Mens rea — Intimé confiant à des codétenus qu'il allait causer la mort de la procureure de

DROIT CRIMINEL — (Fin)

la Couronne, d'un policier-enquêteur et des témoins impliqués dans son procès et/ou leur infliger des lésions corporelles — Est-il nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises aux personnes visées et/ou que l'accusé entendait qu'elles soient ainsi transmises? — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que des éléments de l'infraction n'avaient pas été établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)a).

R. C. McRAE, 931.

DROIT DE L'EMPLOI

Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

IBM CANADA LIMITÉE C. WATERMAN, 985.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Infractions — Obligation d'aviser le ministère de l'Environnement du rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel — Opérations de dynamitage d'un sous-traitant entraînant la projection dans les airs d'éclats de roc, endommageant une demeure et une voiture — Omission par le sous-traitant d'aviser le ministère de l'Environnement du rejet du contaminant — L'obligation d'aviser est-elle entrée en jeu en l'espèce? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 15(1).

DYNAMITAGE CASTONGUAY LTÉE C. ONTARIO (ENVIRONNEMENT), 323.

DROIT DE LA SANTÉ

Consentement au retrait d'un traitement — Praticiens de la santé — Médecins souhaitant retirer le traitement de maintien de la vie et administrer plutôt des soins palliatifs à un patient inconscient au motif que tous les traitements appropriés ont été administrés et que le fait de continuer à administrer le traitement de maintien de la vie ne comporte aucun effet bénéfique — La mandataire spéciale du patient n'est pas d'accord et refuse de donner son consentement — Le retrait d'un traitement constitue-t-il un « traitement » au sens de la Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A? — Le régime en matière de consentement prévu par la Loi s'applique-t-il au retrait du traitement de maintien de la vie de sorte qu'un consentement est nécessaire? — Le refus de la mandataire spéciale de donner son consentement doit-il être contesté devant la Commission du consentement et de la capacité sous le régime de la Loi plutôt que devant les tribunaux sous le régime de la common law? — Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 2(1), 10(1)b), 20, 21, 37.

CUTHBERTSON C. RASOULI, 341.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Sociétés — Fusions — Caisses de crédit fusionnantes cherchant à éviter le transfert de certains attributs fiscaux pour demander deux fois la déduction pour amortissement et remettre à zéro le montant imposable à taux réduit — La fusion constitue-t-elle une « fusion admissible » répondant aux exigences de l'art. 87 de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les dispositions sur la « fusion admissible » emportent-elles le rajustement des attributs fiscaux de la société issue de la fusion? — Credit Union Incorporation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 82, art. 20, 23 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 87.

ENVISION CREDIT UNION C. CANADA, 191.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Immunité de juridiction — Organisations internationales — Poursuite pour congédiement injustifié par un ancien cadre supérieur d'une organisation

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC — (Fin)

internationale dont le siège est au Canada — Revendication par l'organisation internationale de l'immunité de juridiction fondée sur le décret énonçant l'entente conclue entre elle et le Canada — L'immunité revendiquée s'applique-t-elle? — Sens des immunités qu'« exige » l'exercice de fonctions? — Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3(1).

AMARATUNGA C. ORGANISATION DES PÊCHES DE L'ATLANTIQUE NORD-OUEST, 866.

INFRACTIONS PROVINCIALES

1. Moyens de défense — Diligence raisonnable — Erreur provoquée par une personne en autorité — Conditions de recevabilité de la défense fondée sur une erreur de droit raisonnable — La conduite passive d'une personne en autorité peut-elle raisonnablement être interprétée comme une approbation ou une incitation?

LA SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE C. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 756.

2. Produits et services financiers — Nature des infractions — Responsabilité stricte — Société d'assurance accusée d'avoir commis une infraction à de multiples reprises en aidant ou en amenant, par son consentement et/ou son autorisation, un tiers à enfreindre une disposition de droit réglementaire — Autorité réglementaire n'ayant pas répondu aux explications écrites de la société d'assurance avant d'émettre les constats d'infraction — L'infraction en cause est-elle de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la preuve de la mens rea est-elle requise? — La preuve de l'actus reus de l'infraction a-t-elle été faite hors de tout doute raisonnable? — L'infraction reprochée constitue-t-elle une infraction distincte ou une infraction de responsabilité stricte en tant que participant? — Les déclarations de culpabilité multiples inscrites au procès devraient-elles être remplacées par une seule déclaration de culpabilité? — Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., ch. D-9.2, art. 482, 491.

LA SOUVERAINE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE C. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 756.

LÉGISLATION

Rétroactivité — Dispositions déclaratoires — Régie des rentes du Québec procédant à la terminaison partielle d'un régime de retraite — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite entrée en vigueur après l'annulation de la décision de la Régie par la Cour d'appel et son renvoi devant la Régie pour que cette dernière statue à nouveau sur l'affaire — Nouvelles dispositions déclaratoires applicables aux causes pendantes — Le litige entre les parties était-il pendant à l'entrée en vigueur des dispositions? — L'arrêt de la Cour d'appel a-t-il statué entièrement et définitivement sur les droits et obligations des parties découlant des terminaisons partielles du régime de retraite? — La Régie pouvait-elle donner effet aux dispositions déclaratoires pour trancher le litige qui opposait les parties? — Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite, la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2008, ch. 21 — Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 14.1, 228.1, 319.1.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC C. CANADA BREAD COMPANY LTD., 125.

POLICE

Enquêtes — Unité des enquêtes spéciales — Droit à l'avocat — Obligation de rédiger des notes — L'agent de police a-t-il le droit de consulter un avocat avant de rédiger ses notes au sujet d'un incident? — L'agent de police a-t-il le droit d'obtenir des conseils juridiques de base quant à la nature de ses droits et de ses obligations relativement à l'incident? — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 113 — Conduite et obligations des agents de police en ce qui concerne les enquêtes de l'Unité des enquêtes spéciales, Règl. de l'Ont. 267/10, art. 7, 9.

WOOD C. SCHAEFFER, 1053.

PROCÉDURE CIVILE

1. Recours collectifs — Certification — Acheteurs indirects — Action intentée contre les défenderesses au motif qu'elles auraient agi illégalement en majorant le prix de leurs systèmes d'exploitation et de leurs logiciels d'application pour ordinateur personnel — Demande de

PROCÉDURE CIVILE — (Suite)

certification d'une action à titre de recours collectif en application des dispositions provinciales sur les recours collectifs — L'acheteur indirect dispose-t-il d'un recours en droit canadien? — Respect des conditions de certification — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

PRO-SYS CONSULTANTS LTD. C. MICROSOFT CORPORATION, 477.

2. Recours collectifs — Certification — Acheteurs directs et indirects — Allégations des demandresses selon lesquelles le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose aurait été fixé par les défenderesses, qui auraient vendu cet édulcorant aux acheteurs directs à un prix majoré, et la majoration aurait été transférée aux acheteurs indirects — Les acheteurs indirects ont-ils un droit de recours contre l'auteur présumé de la majoration? — La composition du groupe proposé, formé à la fois d'acheteurs directs et d'acheteurs indirects, justifie-t-elle le rejet du recours? — Est-il satisfait en l'espèce au critère de certification relatif à l'existence d'un groupe identifiable d'acheteurs indirects? — Les acheteurs directs ont-ils un droit de recours en imposition d'une fiducie par interprétation? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

SUN-RYPE PRODUCTS LTD. C. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY, 545.

3. Recours collectifs — Compétence du tribunal québécois — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Les tribunaux québécois ont-ils compétence sur un litige opposant des fabricants internationaux et un groupe d'acheteurs directs et indirects se trouvant au Québec, alors que l'acte fautif allégué à l'origine de la demande a été commis à l'extérieur du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3148(3).

INFINEON TECHNOLOGIES AG C. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

4. Recours collectifs — Conditions d'autorisation du recours — Acheteurs directs et indirects — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif pour recouvrer des dommages-intérêts de fabricants internationaux qui ont comploté en vue de gonfler le prix de micropuces — Groupe proposé formé des acheteurs directs et indirects qui ont subi des pertes en absorbant, en tout ou en partie, la portion gonflée du prix — Existe-t-il des questions communes? — Une cause d'action peut-elle prendre sa source dans le transfert de hausses artificielles de prix causées par un comportement anticoncurrentiel? — Suffit-il de démontrer une perte

PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

globale à l'étape de l'autorisation? — La représentante et le membre désigné ont-ils qualité pour représenter adéquatement les membres du groupe? — Y a-t-il lieu d'autoriser le recours collectif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003, 1048.

INFINEON TECHNOLOGIES AG C. OPTION CONSOMMATEURS, 600.

5. Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l'instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l'indemnité versée aux investisseurs par suite de l'instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).

AIC LIMITÉE C. FISCHER, 949.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit d'auteur — Violation — Dommages-intérêts — Quantum — Restitution des profits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des profits faite par le juge de première instance? — La responsabilité quant à la restitution des profits peut-elle être solidaire? — Le plafond fixé dans la trilogie Andrews s'applique-t-il aux dommages-intérêts non pécuniaires ne découlant pas d'un préjudice corporel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts punitifs établi par le juge de première instance? — Des dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être octroyés sur une base solidaire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 35 — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1621 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

CINAR CORPORATION C. ROBINSON, 1168.

2. Droit d'auteur — Violation — Reproduction d'une partie importante d'une œuvre originale — Le juge de première instance a-t-il omis de suivre la démarche appropriée pour déterminer si une « partie importante » d'une

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

œuvre avait été reproduite? — Le juge de première instance a-t-il omis d'accorder suffisamment de poids aux différences entre les œuvres en cause? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que les éléments de l'œuvre originale sont protégés par la Loi sur le droit d'auteur? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur une preuve d'expert inadmissible?

CINAR CORPORATION C. ROBINSON, 1168.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Nomination d'un amicus curiae — Mécontentement entre le procureur général provincial et des amici curiae nommés par des juges présidant des procès criminels au sujet du taux de rémunération des amici — Les cours supérieures et les tribunaux d'origine législative ont-ils une compétence inhérente ou tacite pour fixer le taux de la rémunération des amici curiae?

ONTARIO C. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION OF ONTARIO, 3.

2. Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEDFORD, 1101.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>